

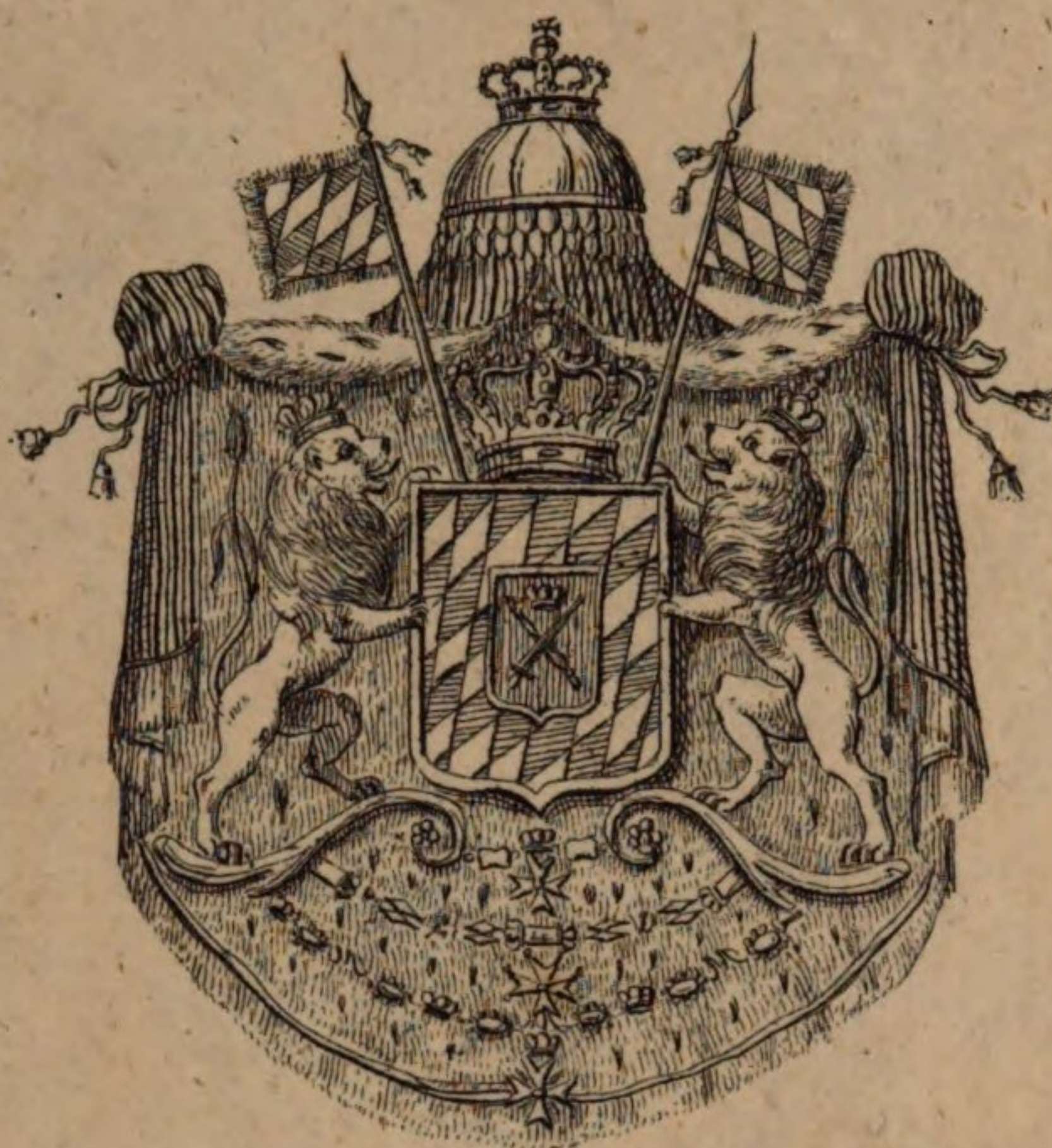
Diss.

833
8.

Diss.

833
8

Difs. 833 (8.)



**BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.**

B e m e r k u n g e n
über die
Nichtigkeitsbeschwerde
im Civilprocesse.

Von
Joseph Karl Ahorner
von Ahornrain,
der beyden Rechte Doktor.



A u g s b u r g,
in Matthias Riegers sel. Buchhandlung.
1 8 1 2.

J 74

Bayrische
Staatsbibliothek
München

B e m e r k u n g e n
über die
Nichtigkeitsbeschwerde
im C i v i l p r o c e s s e.

Eine Inauguralabhandlung
bey erlangter juristischer Doktorswürde
auf der Königl. Baier. Universität zu Erlangen,

verfaßt von
Dr. Joseph Karl Ahorner
von Ahornrain,

A u g s b u r g,
in Matthias Riegers sel. Buchhandlung.
1 8 1 2.

Bemerkungen

über die

Nichtigkeitsbeschwerden

im Civilproceß.

Eine Inaugural-Abhandlung

von dem k. k. juristischen Doctor

Dr. Joseph Karl Abornstein

verfaßt von

Dr. Joseph Karl Abornstein

von Abornstein.

Angsburg.

in Mathias Hiegers sel. Buchhandlung.

1812.

Seinem
theuersten , und verehrungswürdigsten

Vater ,

Herrn Doktor

Joseph Ahorner von Ahornrain ,

Kurfürstlich - Trierischem Hofarzt ,
Hochfürstl. Oetting - Spielberg - und Fugger - Babenhausi-
schem Hof - und Sanitätsrathe , wirklichem Mitglied der
berühmten medizinischen Fakultät in Wien , Ehrenmit-
glied der mineralogischen Societät in Jena , Physikus am
Katholischen armen Kinder - und Waisenhaus
in Augsburg ,

widmet

diese ersten Früchte

seines wissenschaftlichen Strebens

als ein Zeichen

kindlicher Liebe

und

unbegrenzter Dankbarkeit

der Verfasser.

Allgemeine Uebersicht.

	Seite
I. Zweck des Prozesses	1
um ihn zu erreichen muß	
II. Rechtskraft eintreten	—
Allein auch gegen Verletzungen des Richters	
muß man Schutz finden können ; daher	
III. Die Rechtsmittel	2
diese sind :	
1) ordentliche , Appellation ,	
2) außerordentliche ,	
a) Restitutionsklage ,	
b) Nullitätsbeschwerde	3
IV. Dunkelheit in der Lehre der Nichtig- keitbeschwerde , und	
V. Litteratur darüber	4

VI. Sie stützt sich auf positive Gesetze ,
daher:

VII. Erörterung derselben nach positiven Gesetzen.

A) Nach Römischen Rechte.

1) Ansichten desselben 11

2) Aufzählung der Nullitäten 12

B) Kanonisches Recht. 22

C) Deutsches Recht.

1) vor dem jüngst. R- Abschied,

a) leichter Eingang der Bestimmungen des R.

u. K. Rechts , und

b) Bestimmungen d. K. G. O. 24

(sententia nulla , iniqua)

c) Reichstag zu Frankfurt 26

(Baierns Vorschlag etc.)

d) Reichstag zu Regensburg 29

(Fürstenrathsconclusum etc.)

2) Bestimmung des j. R. A. 33

3) nach dem j. R. A. 35

(Controversen.)

Ansichten

Seite

a) von Pütter	36
b) von Kopp	37
c) von Schnaubert	39
d) von Gönner,	
α) sein Princip	40
β) seine Abtheilung	41
γ) Prüfung seiner Grundsätze :	
1) Einwürfe von Weber	44
2) von Almendingen	48
3) Einwürfe des Verfassers	50
e) von Almendingen,	
α) sein Princip und Eintheilung	54
β) Prüfung seiner Ansicht	58
f) Eigene Erklärung des j. R. A.	
α) alle Distinktionen sind unnütz	60
β) historische Erklärung von insanabilis, und Erklärung des Gesetzes	63
γ) Alle Ausdehnung desselben ist ausge- schlossen	68

	Seite
D) Neuere Gesetzgebungen	72
1) Baierisches Recht	73
2) Preussisches Recht	77
3) Oesterreichisches Recht	84
4) Französisches Recht	88

§. 1.

Der Zweck jedes bürgerlichen Prozesses ist, dasjenige Recht des Einzelnen, das ihm wider seinen Willen nicht entzogen werden darf, aufrecht zu erhalten, oder, um mich mit Möser auszudrücken, förmliches Recht in wirkliches zu verwandeln. Allein wie sollte dieser Zweck je erreicht werden, wenn das Streiten ins Unendliche sich hinauszöge, wenn das Recht unter den Partheyen nie realisirt, nie als wirkliches sich darstellen würde? Die Gesetze wären leeres Formelwesen, ohne Ansehen und Kraft, zum bloßen Gespötte ihren Verletzern! Jedes Urtheil muß daher einmal zu einer definitiven Norm unter den Partheyen werden, ihres Streitens muß ein Ende seyn, es muß Rechtskraft eintreten.

§. 2.

Ist nun ein Urtheil in jene Wirkung getreten, daß es auf dem gewöhnlichen Rechtswege durch ordentliche Mittel nicht mehr umgestoßen werden kann; so sagt man: es sey in Rechtskraft übergegangen, oder es ist *res judicata* vorhanden. Dieß kann auf zwey verschiedene Arten geschehen, einmal durch ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des gefällten Urtheils, oder zweytens durch Eingreifung des Gesetzes. Wurde die Sentenz vom Verurtheilten nicht agnos-

A

cirt,

cirt, so mußte es ins Mittel treten, es mußte, um den Streit mit einem Male zu endigen, das Recht, das Urtheil anzufechten, an eine gewisse Zeit binden, nach deren Verlauf die Sentenz ebenfalls durch kein ordentliches Rechtsmittel mehr angefochten werden kann, es mußte eine letzte Instanz festsetzen, welche jeder weitem Verfolgung des Streites Schranken setzt; kurz — es mußte einmal Rechtskraft eintreten lassen.

§. 3.

Nie würde aber der Zweck der richterlichen Gewalt im Staate erreicht werden, wenn die Rechte des Bürgers nur gegen Verletzungen des Mitbürgers gesichert würden; auch gegen jene Verletzungen muß der Bürger sicher gestellt seyn, welche ihm von dem Richter zugefügt werden können. Würde eine Staatsverfassung dieser unerläßlichen Forderung der Vernunft nicht Genüge leisten; so stünde sie mit sich selbst im Widerspruche, sie würde mit der einen Hand das niederreißen, was sie mit der andern aufbaute. Hieraus folgt nothwendig das Daseyn von Rechtsmitteln, d. i. von Mitteln zur Erhaltung des Rechts gegen eine vom Richter erlittene Verletzung. Sie müssen genau an Zahl und Qualität den möglichen Rechtsverletzungen entsprechen, und sind daher gerichtet gegen richterliche Willens- oder Reflexions-Fehler. Diese sind berechnet:

1) auf gewöhnliche Fälle; die Gesetze mußten ein ordentliches Rechtsmittel geben, das in der Regel auf jeden gewöhnlichen Fall der richterlichen Verletzung paßt, sie nannten es Appel-

pellation, und bestimmten seinen Gang dem Gange des ordentlichen Prozesses analog. — Allein auch

2) für ungewöhnliche Fälle richterlicher Verletzungen mußte der Gesetzgeber sorgen, und gab daher auch außerordentliche Rechtsmittel, welche sich zu den ordentlichen verhielten, wie der summarische Prozeß zum ordentlichen. Sie beruhen nach unserm gemeinen deutschen Prozesse vorzüglich auf zwey Fällen; der erste ist die Auffindung neuer, vorher ungekannter Beweisgründe, nachdem das Urtheil schon in Rechtskraft übergegangen war; die Gesetze sehen dieß als einen hinreichenden Grund an, das wirkliche vor dem förmlichen Rechte gelten zu lassen, sie erlaubten das Urtheil anzufechten, und gaben das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (*restitutio in integrum*). — Der zweyte Fall beruht auf dem Grunde der richterlichen Verletzung und findet Statt, wenn das Urtheil in einem so hohen Grade Verletzung der Rechte ist, daß ihm die Wesenheit des gerichtlichen Verfahrens und also der richterlichen Reflexion mangelte. Dieß in jeder Rücksicht außerordentliche Rechtsmittel heißt die NICHTIGKEITSBESCHWERDE. (*Querela nullitatis*).

§. 4.

In einem solchen Falle, wenn einem gefällten Urtheile irgend eine wesentliche Bedingung fehlt, muß dasselbe nothwendig als nicht existirend angesehen werden; es führt zu keinem Zwecke, kann keine Wirkung haben, — es ist nichtig.

Schon dunkles Gefühl von Billigkeit, wie Gönner richtig bemerkt *a)*, scheint es zu fordern, daß die Verabsäumung des engen Appellations-Termins von 10 Tagen ihre Wirkungen auf den enormen Grad dieser Läsion nicht erstrecken kann. — Außerordentlich ist der Fall der Nichtigkeit; außerordentlich sey auch die Hülfe dagegen! Jede Gesetzgebung nahm daher Rücksicht auf diese Fälle, und niemand wird sich wundern, wenn er nicht nur im römischen Rechte, sondern auch in allen neuern Rechten die Nullitätsquerel mit vielen und großen Begünstigungen anerkannt findet, die in unserm deutschen Vaterlande bloß der zu schreienden Misbräuche wegen mußten beschränkt werden.

§. 5.

Allein werfen wir einen Blick auf diese wichtige Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde, so erblicken wir überall noch so viele Ungewissheit in ihrem Umfange, Dauer und Wirkungen, noch so viele Verschiedenheit in den sich geradezu widersprechenden Theorien, und stoßen selbst bey dem Begriffe und den Wirkungen unheilbarer Nullitäten noch auf so große Schwierigkeiten; daß man es fast Tollkühnheit nennen möchte, sich in dieses Feld der Controversen hineinzuwagen, das schon so viele denkende Rechtsgelehrte *b)* mit ungleichem Glücke be-

a) Gönner, Abh. 64. §. 2.

b) Außer den ältern Schriftstellern, besonders:

1) Vantius de nullitatibus sententiarum. Colon. 1764, und

2)

beschäftigte, und worinn selbst die Bemühungen manches scharfsinnigen Denkers scheiterten! Doch — ungeachtet der rühmlichsten Anstrengungen der würdigsten Gelehrten, ungeachtet der vielen consequenten und scharfsinnigen Interpretationen des jüngsten Reichs - Abschiedes; sey dennoch der Versuch gewagt, zu untersuchen, ob sich nicht Alles in diesem

2) B. Altimari tract. de nullitatibus Vol. III. Colon. 1697 et 1720. — in vol. 3tio de nullitat. sententiarum

verdienen bemerkt zu werden:

3) Dornbeck de execut. sentent. injust. et nullius. Heidelberg. 1716.

4) Harpprecht de effectibus actus nulliter gesti. Tübing. 1750.

5) Rave de effectu deficientis formae legalis in actibus, qui jus respiciunt. Jenae 1766.

6) Pütteri opuscul. rem judiciar. imperii illustrant. Goett. 1766. Nro. VII, et VIII.

7) Schnaubert Erörterung der Lehre von den heilbaren und unheilbaren Nullitäten. Gießen 1780.

8) Canngieser decisiones suprem. tribunal. appellat. Hasso - Cassell. Mannheim. 1790. Tom. IV. decis. 118.

9) Biedermann de vera sententiarum nullitate. Lips. 1772.

10) Kleins Rechtssprüche der Hallischen Juristenfakultät, Berlin und Stettin, 1796. I. Band. Nre. 39.

11) Mann de remedio nullitatis commentatio ad Ord. proc. sax. Tübing. 1798.

12) Weifs de causis et praescript. querelae nullitatis. Lips. 1801.

13)

sem Fache mit mehr Einfachheit, mehr dem Geiste des Gesetzgebers angemessen erklären liefse, und in wie ferne die vorzüglichern neuern Gesetzgebungen mit den Bestimmungen unserer vaterländischen Gesetze übereinstimmen!

Keineswegs mit der Anmassung, etwas Vollendetes liefern zu wollen, übergebe ich diesen Versuch den Händen des gelehrten Publikums, indem ich zu sehr davon überzeugt bin, wie wenig meine schwachen Kräfte einer solchen Arbeit gewachsen sind, um in einem Zeitpunkte, wo ich kaum aufhörte, Schüler zu seyn, in den Kreis der Lehrer zu treten! — Es sey, wie gesagt, ein bloßer Versuch, und diene nur zum Beweise, wie ich bemüht war, in den Geist des Gesetzes und die Wahrheit einzudringen, um mir die Grundsätze meines achtungswürdigsten Lehrers in diesem Fache anzueignen.

§. 6.

13) Eichmann, Etwas über die Nichtigkeitsquerel wider Sentenzen in Sachsen, und der Zeit, von welcher an diese Klage läuft. — In den rechtl. Bemerkungen und Aufsätzen von Eichmann. Baireuth. 1803.

14) Gönners Handbuch des Prozesses, Erlangen 1804. — Band III, 64 Abhandl.

15) G. M. Weber über Appellationen in Kriminalsachen. Würzb. u. Bamb. 1805, §. 31.

16) Bornemann's Beweis, daß der Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nullitäten dem J. R. A. ganz fremd ist. Hannover 1807.

17) Almendingen Metaphysik des Civilprocesses. Giessen, 1808. Nro. X, pag. 253.

Siehe übrigens bey Pütter l. c, pag. 302, und bey Gönnner, pag. 394.

§. 6.

Vor allem ist nöthig, den Standpunkt festzusetzen, von dem wir bey Beurtheilung der Nichtigkeitsbeschwerde ausgehen müssen, und zu bestimmen, ob der Erkenntnißgrund der sogenannten unheilbaren Nullitäten, d. i. jener, die durch die Verabsäumung des Appellationstermins nicht in Rechtskraft erwachsen, in der Vernunft, oder in positiven Gesetzen zu suchen sey?

Die meisten Gelehrten, wovon ich nur Pütter, Weifs, und Almendingen anzuführen brauche, schlugen den erstern Weg ein; sie suchten den abstrakten Begriff von Nichtigkeit aus der Natur der Sache auf, übertrugen ihn auf juristische Gegenstände und das prozessualische Verfahren, und wollten hieraus die einzelnen Fälle ableiten, in welchen die Nullitätsquerel Statt findet. Es ist ihnen gleichgültig, ob ein positives Gesetz den Stempel des Positivgeltenden diesen natürlichen Nichtigkeiten aufgedrückt habe, oder nicht: sie bauen blos auf die Forderungen der theoretischen Vernunft, und bleiben bey dem Satze stehen, daß das positive Gesetz das Gegentheil nicht verordnen könne.

Um zu erfahren, mit welcher Wärme vorzüglich Almendingen dieser Meynung zugethan ist, so wollen wir ihn selbst sprechen hören. „Der „Begriff der juristischen Nichtigkeit überhaupt“ sagt er c), „und der prozessualischen insbesondere, „kann

c) a. a. Orte, pag. 257.

„kann und soll durch Gesetze nicht bestimmt werden. Er ist ein Abstraktum aus der Natur der Sache. Er ist ein Gegenstand wissenschaftlicher Forschungen; er liegt aber zu tief in der Metaphysik des Rechts, um in einer Gesetzgebung, welche Sachbestimmungen für das bürgerliche Leben enthalten soll, dargestellt zu werden. Zeigt sich in irgend einem Theile der Theorie des prozessualischen Verfahrens die Erhabenheit der Philosophie, aus welcher die positive Gesetzgebung hervorgegangen ist, über die positive Gesetzgebung selbst, so ist es hier. Nirgends giebt sie eine Definition von Nullitäten; nirgends sagt das Gesetz, daß nach diesem oder jenem Merkmal das Daseyn oder Nichtdaseyn der Nichtigkeit solle beurtheilt werden. Das Römische Recht giebt nur Beyspiele; der jüngste Reichsabschied zieht sich durch einen bildlichen Ausdruck aus der Verlegenheit — und stiftete neue Verwirrung, u. s. w. — so, daß z. B. Pütter *d)* glaubt, er spricht beyspielweise, Kopp *e)* ihn nicht für den Willen des Gesetzgebers hält, und Grollmann *f)* falsch darunter subsummirt, u. s. w.“

Allerdings sehr schön und konsequent vom Standpunkte der Rechtsphilosophie aus gesprochen! Allein wie leicht verirrt man sich nicht durch zu vieles Philosophiren über das positive Recht in das Gebieth der Spekulation, und zu welch großen

d) Pütter, l. c. nro. VIII. §. 30.

e) Biedermann, de vera sententiarum nullitate, sive insanabili, §. 14. et Cangiesser decisiones, dec. 118.

f) Grollmann, Theorie d. gerichtl. Verfahrens, §. 136.

großen Irrthümern kann ein einziger Misgriff hierinn führen; so nützlich und nothwendig übrigens eine philosophische Behandlung der positiven Rechtsgegenstände ist, um sie zur Wissenschaft emporzuheben! Wie wäre es, wenn die Philosophie des Rechts selbst die Nichtigkeit der Erkenntnisse nicht als eine besondere Art der Ungültigkeit anerkennt? Wenn wegen Mangel und Unbestimmtheit der Gesetze der Vernunft positive Verordnungen nöthig wären? Wenn selbst unsere Gesetze nicht mangelhafte und bildliche Bestimmungen, wie *Älmen* *din* *gen* wähnt, sondern vollständige und deutliche Aussprüche enthielten?

Dafs dieß alles Statt finde, wird aus Folgendem erhellen.

Nichtigkeit ist in der Rechtslehre der Gültigkeit entgegengesetzt, und nichtig und ungültig ist gleichbedeutend, wie selbst *Pütter g)* und *Weifs h)* behaupten, nämlich jenes, was weder Rechte noch Verbindlichkeiten hervorbringen kann. Hieraus folgt, dafs die Vernunft die Nichtigkeit als keine besondere Art der Ungültigkeit anerkennt, sondern alles, was im Widerspruche mit dem Gesetze steht, als ungültig, und eben daher auch als nichtig ausspricht. Jede rechtsverletzende Handlung des Richters, sie mag im Laufe der gerichtlichen Verhandlungen, oder in der Entscheidung — durch Aufstellung eines falschen Rechtsatzes, durch fehlerhafte Subsumtion oder falchen Schluss,

g) l. c. nro. 7. §. 21.

h) l. c. Cap. 1, §. 1.

Schluss, — begangen worden seyn, ist daher nichtig; denn warum sollte nicht der Richter zu allem gleich stark verbunden seyn? — Hiemit ist durch die Philosophie des Rechts der ganze Unterschied zwischen beschwerenden und nichtigen Erkenntnissen, zwischen Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde aufgehoben, und das Bemühen, aus dem Begriffe der Nichtigkeit den Begriff der Nichtigkeitsbeschwerde herzustellen, wie sie in unsern Gerichten besteht, ist fruchtlos. Wir müssen also hier, wo uns die Ansichten der Vernunft mehr als jemals in Unbestimmtheit lassen, bey den Bestimmungen des positiven Rechts unsere Zuflucht suchen, in ihren Geist eindringen, und die Nullitätsquerel als Rechtsmittel im Gegensatz des gewiss positiven Instituts der übrigen Rechtsmittel betrachten. Dafs unsere positiven Gesetzgebungen, namentlich der jüngste Reichsabschied, hierinnfalls auch wirklich erschöpfende Bestimmungen enthalten, wird sich in der Folge zeigen. Als Gewährsmänner meiner Meynung kann ich Gönner und Schnaubert anführen, welche beyde ebenfalls die Ableitung der Nichtigkeitsbeschwerde aus der Natur der Sache verwerfen.

Da nun, wie eben bewiesen wurde, die Nullitätsquerel bloß auf positiven Gesetzen beruht, und daher ihre Natur und ihr Umfang nur aus solchen erkannt werden kann; so werde ich nach kurzer Darstellung der Bestimmungen des Römischen und Kanonischen Rechts die Grundsätze des für die deutsche Justizverfassung so wichtigen jüngsten Reichsabschiedes erörtern, und die Fälle aufzählen, welche nach seinen Ansichten eine Nichtigkeitsbeschwerde begründen.

§. 7.

Römisches Recht.

Das Römische Recht sah nichtige Urtheile als gar nicht gefällt an; doch stellte es keinen obersten Erkenntnißgrund auf, woraus beurtheilt werden könnte, wann und wo eine Nullität vorhanden sey; es bleibt auch hierinn seinen angenommenen Charakter getreu, blos Beyspiele anzuführen, und einzelne Fälle aufzuzählen, wobey es dann dem Scharfsinn der Gesetzkundigen anheimgestellt bleibt, das Zerstreute zu sammeln, die Bruchstücke zu ordnen, und aus den abstrahirten Regeln ein wissenschaftliches Ganze zu bilden. Es spricht blos von Erkenntnissen, welche ohne Appellation angefochten werden können, und wobey keine Provokation nöthig ist *i*), und zählt nichtige Erkenntnisse als eine bloße Art derselben auf; der Ausdruck nullitas kömmt im Römischen Rechte so wenig vor *k*), als es eine voll-

stän-

i) Es handeln davon im Allgemeinen: Tot. tit. Dig. quae sententiae sine appell. resc. (XLIX, 8).

tot. tit. Cod. quando provoe. non est necesse. (VII, 64).

tot. tit. C. quomod. et quand. jud. sent. prof. deb. (VII, 43).

tot. tit. C. si a non compet. iudice judic. (VII, 48).

tot. tit. C. quib. res judic. non nocet. (VII, 56).

tot. tit. si ex fals. instrum. (VII, 58).

Nebst mehrern einzelnen Gesetzen, die an ihrem Orte werden angeführt werden.

k) Der Ausdruck nullitas kömmt im corpus jur. canon. zuerst in den Clementinen vor. Siehe Clem. un. de

ständige Aufzählung dieser Fälle liefert. Es betrachtet sie als bloße Ausnahmen von der allgemein aufgestellten Rechtsregel *l)*, innerhalb 10 Tagen zu appelliren, und räumte ihnen der ungewöhnlichen Art der Rechtsverletzung wegen große Begünstigungen ein. Der volle Termin der Erlöschungsfrist persönlicher Klagen — 30 Jahre — standen dem Beschädigten offen, mittels ihrer Anbringung das gefällte Urtheil umzustossen.

§. 8.

Alle Fälle, in welchen das Römische Recht auf das gefällte Urtheil nicht Rechtskraft eintreten ließ, lassen sich unter folgende Rücksichten bringen. Sie betreffen entweder Mängel an der Person des Richters, der Partheyen und Prokuratoren, oder an den wesentlichen Bestandtheilen des Prozesses, oder dem Inhalte des Urtheiles selbst.

Hieher gehören nun folgende von den Römischen Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle:

1) wenn das Urtheil von einem incompetenten Richter gefällt wurde *m)*.

Aus

de sequestr. poss. et fruct. — Clem. 1. et 2.
de sentent. et re judic.

2) Auth. Hodie Cod. de appellat. et consultat. (VII, 62).

L. 3. Cod. de temp. et reparat. [appellat. (VII, 63).

Nov. 23, cap. 1.

m) Tit. Cod. Si a non competente iudice iudicatum esse dicatur. (VII, 48).

Aus diesem Grunde folgte auch Nichtigkeit

a) wenn von mehreren vom Obergerichter zur gemeinschaftlichen Entscheidung bestellten Privatrichtern, nur einer sprach *n*).

b) wenn der Richter zu jener Zeit sprach, da seine Macht schon erloschen war *o*).

c) wenn sich der Richter durch Bestechung seines Amtes unwürdig gemacht hat, und daher unfähig war, eine richterliche Funktion auszuüben *p*).

2) Wenn die Parthey das Recht nicht hatte, vor Gericht zu erscheinen *q*).

3)

n) Cum magistratus datos iudices, et unum ex his pronunciasse proponas, non videtur appellandi necessitas fuisse, cum sententia jure non teneat. L. 4 C. quando provoc. non est necess. (VII, 64).

o) Cum non eo die, quo praeses provinciae praecepit, iudex ab eodem datus, pronunciaverit, sed ductis diebus, alienore tempore sententiam dedisse proponatur: ne ambages frustra interpositae provocationis ulterius negotium protrahant, praeses provinciae, superstitiosa appellatione submota, ex integro inter vos cognoscet. L. 6. C. quando prov. non est nec.

p) Venales sententias, quae in mercedem a corruptis iudicibus proferentur, etiam citra interpositae provocationis auxilium, jam pridem a divis Principibus, infirmas esse decretum est. L. 7. Cod. cit.

q) Tot. tit. Cod. qui leg. person. standi in jud. (III, 6).

Non videtur nobis, rationem habere sententiam decessoris tui; qui cum cognovisset inter petitem et procuratorem, non procuratorem, sed ipsam dominam litis condemnavit, cujus persona in iudicio non fuit. Potes igitur, ut re integra de causa cognoscere. — L. 1. C. de sentent. et interl. omn. iudic. (VII, 45).

3) Wenn der Prokurator nicht zum Prozeß legitimirt war *r*), und die Genehmigung der Parthey nicht nachfolgte *s*).

4) Eben so war die Verurtheilung eines unbeerbt Verstorbenen nichtig *t*).

5) Wenn ein wesentlicher Bestandtheil des Prozesses fehlte, (*substantiale processus*) *u*) z. B. Einlassung auf die Klage, Anhörung der andern Par-

r) Licet in principio quaestionis persona debeat inquiri procuratoris, an ad agendum negotium mandatum a domino litis habeat: si tamen falsus procurator inveniat, nec dici controversiae solent, nec potest esse iudicium. L. 24. Cod. de procurat. (II, 13).

s) Licet verum procuratorem rem deducere in iudicio verissimum est; tamen et si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta, L. 56. Dig. de iudic. (V, 1). Confer L. 12. D. in fine de solut. et liberat. (XLVI, 3).

t) Paulus respondit, eum, qui in rebus humanis non fuit, sententiae dictae tempore, inefficaciter condemnatum videri. §. 1. Idem respondit adversus eum, qui in rebus humanis non esset, cum iudex datus est, neque iudicis dationem valuisse, neque sententiam adversus eum dictam, vires habere. L. 2. D. quae sent. sine appell. resc. (XLIX, 8).

u) Prolatam a praeside sententiam contra solitum iudiciorum ordinem, auctoritatem rei iudicatae non obtinere, certum est. — L. 4. C. de sent. et interloc. (VII, 45).

Parthey *v*), oder wenn die Hauptfrage vor der Präjudicialfrage entschieden wurde, u. s. w. *x*).

6) Wenn das Urtheil einem schon rechtskräftigen Urtheil widersprach. (*sententia contra sententiam*) *y*).

7)

v) Cum ex edicto peremptorio, quod neque propositum est, neque in notitiam pervenit, absentis condemnatio fit, nullius momenti esse sententiam, Constitutiones demonstrant. L. 1. §. 3. D. quae sent. sine app. resc. Confr. L. 53. D. de re judicata. (XLII, 1). — Si, (ut proponis) pars diversa — ignorante te, a iudice dato, ferri sententiam, pro partibus suis, quasi contumaciter deesses, impetravit: non immerito praeses denuo negotium alterius iudicis notioni terminandum commisit. L. 4. C. quom. et quando iudex. (VII, 43).

x) Si, ut proponis, suspensa apud amplissimos iudices cognitione provocationis, quam te ob id interposuisse dicis, quod decurio nominatus esses, ad duumviratum vocatus es: manifestum est, praejudicium futurae notioni memoratorum iudicum fieri non potuisse. L. 3. C. quand. provoc. non est nec. (VII, 64). — Um das Duumvirat zu erlangen, mußte man nämlich vorher Decurio gewesen seyn. Appellirte man daher um Befreyung vom Dekurionat, so wurde die Ernennung zum Duumvir ohnehin nichtig.

y) Latam sententiam dicitis, quam ideo vires non habere contenditis, quod contra res prius iudicatas, a quibus provocatum non est, lata sit. Cujus rei probationem si promptam habetis etiam citra provocationis adminiculum, quod ita pronuntiatur, auctoritatem non obtinebit. L. 1. Cod. quand. prov. non est nec. — L. 1. Cod. sentent. rescindi non posse. (VII, 50).

7) Wenn das Urtheil die Erfüllung unmöglicher oder unanständiger Dinge verordnet, so enthält es Unsinn, und ist ebenfalls nichtig z).

8) Eben so, wenn es weder verurtheilt, noch losspricht a).

9) Oder wenn es mit den Akten und der Klagschrift nicht übereinstimmt b).

10) Wenn die Allgemeinheit und Unbestimmtheit einer Entscheidung so auffallend ist, daß man sie für gar keine Entscheidung halten kann c).

10)

z) Paulus respondit, impossibile praeceptum iudicis nullius esse momenti. §. 1. Idem respondit, ab ea sententia, cui parere rerum natura non potuit, sine causa appellari. L. 3. Dig. quae sent. sine app. resc. (XLIX, 8).

a) Cum iudex in definitiva sententia iuramentum solummodo praestari praecipiat, non tamen addat, quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri oportet; huiusmodi sententiam nullam vim obtinere palam est. L. 11. C. de sent. et interloc. (VII. 45). — L. 3. Cod. eod. — L. 1, 27, et 29 Dig. de re iudic. (XLII, 1).

b) Ut fundus haereditarius fundo non haereditario serviat, arbiter disponere non potest: quia ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest. L. 18. D. de comuni divid. (X, 3), — L. ult. Cod. de fideic. libert. (VII, 4).

c) Haec sententia, omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve, iudicati actionem praestare non potest, cum apud iudices, ita demum, sine certa quantitate facta condemnatio, auctoritate rei iudicatae censeatur, si parte aliqua actorum, certa

11) Wenn der judex pedaneus die Gränzen seines Auftrags überschritt, und nicht in Subsummirung des Factums unter die Gesetze fehlte, sondern einen durchaus falschen Rechtssatz aufstellte, und diesem gemäß sein Urtheil fällte. (si contra jus in thesi judicavit) d).

12)

certa sit quantitas comprehensa. L. 3. Cod. de sentent. quae sine certa quant. (VII, 46).

Haec sententia, quae bona accepisti, solve: cum incertum est, quid accepisset — — iudicati auctoritate non nititur. L. 4. Cod. eod.

d) Item, cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem iudicatur, cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronunciatur. Nam si judex volenti se ex cura muneris, vel tutelae, beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit, neque filios, neque aetatem aut nullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse: de jure constituto pronuntiasse intelligitur. Quod si de jure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit, eum de aetate sua, aut de numero liberorum probasse: de jure litigatoris pronuntiasse intelligitur: quo casu appellatio necessaria est. L. 1. §. 2. Dig. quae sent. sine appell. rescind. (XLIX, 8).

Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet, et ideo, et sine appellatione causa denuo induci potest. Non jure profertur sententia, si specialiter contra leges vel SCtum, vel constitutionem fuerit prolata. Unde si ex hac sententia appellaverit, et praescriptione submotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia. Unde potest
causa

12) Wenn das Urtheil unrichtige Nebenbestimmungen enthielt, die nicht aus der Entscheidung des

causa ab initio agitari. L. 19. D. de appell. et relat. (XLIX, 1).

Si, cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, iudex datus a praeside provinciae pronunciaverit, potuisse defunctum etiam minorem annis quatuordecim testamentum facere, ac per hoc aviam potiore esse, sententiam ejus contra tam manifesti juris formam datam, nullas habere vires palam est, et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. Quod si de aetate quaereretur, implesse defunctum quartum decimum annum et per hoc jure factum testamentum pronunciavit, nec provocasti, aut post appellationis impletam causam destitisti, rem judicatam retractare non debes. L. 2. C. quand. prov. non est nec. (VII, 64).

Man sieht hier klar, daß von einem iudex pedaneus die Rede ist, der bloß auf Auftrag eines Staatsbeamten (magistratus) entscheidet. Er sollte nicht Rechtssätze aufstellen, und nach ihnen sprechen, denn diese schrieb ihm der Prätor vor; sein einziges Geschäft war: Eruirung des Factums, und Subsummierung desselben unter das Gesetz. Legte er dennoch seinem Urtheile falsche Rechtssätze zum Grunde, so war sein Urtheil nichtig. — Aus dem Gesichtspunkte betrachtet, daß er dadurch seinen Auftrag überschritt, und also hiedurch incompetent wurde, stellte Almedingen mit Recht die daraus entspringende Nullität, unter die Rubrik jener Nichtigkeiten, welche in dem Mangel des Richters ihren Grund haben. — Daß dieß alles von Einigen (Weber a. a. O. — Pütter l. c. u. a. m.) auf unsere Gerichtsverfassung übertragen wurde, ist sehr sonderbar, da doch die ganze Bestimmung

des Streites, sondern aus dem bloßen Inhalte des Entschiedenen flossen. Diefs ist der Fall bey dem Rechnungsirrthum, in so fern er durch das Urtheil begründet wird, und über den daher nicht eigens verhandelt wurde e).

B 2

13)

stimmung aus der Individualität der Römischen Gerichtsverfassung floss, wo nicht, wie bey uns, Eruirung der Thatsache und rechtliche Konstruktion derselben Funktionen der nämlichen physischen Person sind. — In einem Lande, wo, wie z. B. bey uns in Baiern, die heilsame Verordnung besteht, daß die Entscheidungsgründe dem Urtheile müssen beygefügt werden, liesse sich (von entgegenstehenden Gesetzen abgesehen) eher etwas über die Einführbarkeit dieser Nullität sprechen.

- e) Si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est, veluti, si iudex ita pronunciaverit: eum constet, Titium Sejo ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie viginti quinque debere, idcirco Lucium Titium Sejo centum condemno: nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, et citra provocationem corrigitur. Sed et si hujus quaestionis iudex, sententiam centum confirmaverit, si quidem ideo, quod quinquaginta et viginti quinque fieri centum putaverit, adhuc idem error computationis est, nec appellare necesse est; si vero ideo, quoniam et alias species viginti quinque fuisse dixerit, appellationi locus est. L. 1. §. 1. D. quae sent. sine app. resc. (XLIX, 8).

L. un. Cod. de errore calcul. (II, 5).

Aus dieser Stelle muß jeder Unbefangene sonnenklar einsehen, wie verkehrt die Meinung einiger Rechtsgelehrten ist, welche sogar unter dem Beyfalle der Pra-

xis

13) Mit hinlänglichem Grunde zählen auch die meisten Prozeßlehrer *f*) ein Urtheil nach Römischem Rechte unter die Klasse der nichtigen, welches auf falsche Urkunden oder Zeugnisse gebaut war. Al m e n d i n g e n *g*) bestritt die Hauptstelle *h*) in den Pandekten, welche diese Nullität beweisen sollte; er bemerkt ganz richtig, daß sie nur von der restitutio in integrum spricht, nicht von der Nullität, daß also hier schon durch vierjähriges Schweigen

xis behaupten, daß ein in höherer Instanz bestrittener und bestätigter Rechnungsirrthum in Rechtskraft übergehe. Sie läßt nur dann Rechtskraft eintreten, wenn der höhere Richter, auch auf eine andere Schuld erkannte, welche eben so viel beträgt, daß die falsch angegebene Summe nun mit der neuen Schuld vermehrt, als richtig erscheint. Es wurde da keineswegs der Irrthum bestätigt, sondern ein vollkommen neues Urtheil gefällt.

f) Z. B. W e b e r §. 32. nro. 12. — G ö n n e r a. a. O. §. 33. u. a. m.

g) a. a. O. pag. 290. sq.

h) Divus Hadrianus aditus per libellum a Julio Tarentino, et indicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum, testibus pecunia corruptis, religionem judicis circumventam esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: Exemplum libelli dati mihi à Julio Tarentino mitti tibi jussi. Tu, si tibi probaverit, conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se: et rem severe vindica: et, si qua a judice tam malo exemplo circumscripto judicata sunt, in integrum restitue. L. 33. Dig. de re judic. (XLIX, 1).

gen das Recht erlischt, die Restitutionsklage anzubringen, und man keineswegs befugt sey, blos auf dieses Gesetz gestützt, gar kein formelles Recht eintreten, und die 30jährige Nullitätsklage Platz greifen zu lassen.

Allein wenn je der Satz geltend war: *lex posterior derogat priori*, so findet er gewiß hier statt. Die jüngern Constitutionen *i)* Antonins, Alexanders und Gordians sprechen so bestimmt, daß einem solchen Urtheile die Verjährung der Rechtskraft nicht schadet, (*non obstante praescriptione rei judicatae*) und sagen so wenig, weder von der Restitutionsklage, noch von der 4jährigen Erlöschung der Anfechtung; daß niemand zweifeln kann, daß sie Hadrians Reskript wollten aufgehoben wissen, oder dieser unter seiner Restitution auch nichts anderes verstand, als die Realisirung der 30jährigen Nullitätsklage, wie die meisten Interpreten des R. R. glau-

i) Si tabulas testamenti, quas secutus Proconsul vir clarissimus sententiam dixit, falsas dicere vis, praebebit notionem suam non obstante praescriptione rei judicatae, quia nondum de falso quaesitum est. L. 1. Cod. si ex fals. instrum. (VII, 58).

Falsam quidem testationem, qua diversa pars in iudicio adversus te usa est, ut proponis, solito more arguere non prohiberis; sed causa iudicati in irritum non devocatur, nisi probare poteris, eum qui iudicaverat, secutum ejus instrumenti fidem, quod falsum esse constiterit, adversus te pronunciasse. — L. 3. C. h. t.

Eben so sprechen auch die L. 2. et 4. h. t.

glauben. Dafs übrigens der Ausdruck *nullus* nirgends gebraucht wurde, kann nur für jenen ein Stein des Anstosses seyn, dem unbekannt ist, unter wie vielen verschiedenen Ausdrücken die Römer die Nullität anzudeuten pflegten!

So weit das Römische Recht! Zwar sind nicht alle Nichtigkeiten erschöpfend aufgezählt, indessen doch die Hauptfälle, um aus diesen auf die Ansichten und den Geist der Römischen Gesetze schliessen zu können, und einzusehen, wie weitumfassend und ausgedehnt die Nullitätsbeschwerde war.

§. 9.

Kanonisches Recht.

Eine unfruchtbare Quelle für die Nullitätentheorie ist das Kanonische Recht. Seine Bestimmungen *k*) enthalten nur Wiederholung oder Bestätigung des Römischen Rechts, und dieses oft nur in unbestimmter und unanwendbarer Allgemeinheit *l*).

Neue

k) Vorzüglich handeln von prozessualischen Nichtigkeiten:

Cap. 1, et 13. X. de sentent. et re judic. (II, 27).

Cap. 24. X. eod. (II, 27).

Cap. 8. X. de dolo et contum. (II, 14).

Cap. un. X. de lit. contest. (II, 15).

Cap. 26. de regul. jur. in 6. (V, 13). nebst einigen andern Stellen.

l) wie z. B. folgende Stellen: *Sententia contra leges*, (weltliches, römisches Recht) *canonesve* (geistliches Recht)

Neue prozessualische Nichtigkeiten führte es nicht ein. Die Meynung mehrerer Rechtslehrer, welcher auch Gönner *m)* beypflichtet, daß es ein auf falschen Beweismitteln beruhendes Urtheil über die Gültigkeit der Ehe als nichtig erklärte, läßt sich wenigstens aus den von ihnen angeführten Stellen nicht beweisen. In der einen *n)* davon ist nicht die Falschheit des Entscheidungsgrundes, sondern der Mangel der Vertheidigung des andern Theils Ursache der Ungültigkeit des Urtheils. „Nota, quod sententia lata „contra absentem, non contumacem, non tenet. etc.“

Von den beyden andern Stellen enthält die erste *o)* eine offenbare, die zweyte *p)* eine versteckte Collusion, welche die Nichtigkeitserklärung des Scheidungsurtheiles bewirkte, wie Almendingen *q)* sehr richtig auseinander setzte, auf den ich nur zu verweisen brauche.

§. 10.

Recht) prolata, licet non sit appellatione suspensa, non potest tamen subsistere ipso jure. C. 1. X. de sent. et re jud. (II, 27). — Ea, quae fiunt à judice, si ad ejus non spectant officium, viribus non subsistunt. C. 26. de R. J. in 6. (V, 13), die Bestimmungen der L. 1. §. 2. dig. quae sent. sine app. resc. (XLIX, 8). und die L. 2. Cod. qu. prov. non est nec. (VII, 64). in sehr unbestimmten, weitumfassenden Ausdrücken darstellen.

m) Gönner a. a. O. §. 33.

n) Cap. 10. X. de sent. et re jud. (II, 27).

o) Cap. 7. X. h. t. (II, 27). sie sagt deutlich: si vobis constiterit — ecclesiam esse deceptam, etc.

p) Cap. 11. X. de sent. et re jud. —

q) Almendingen a. a. O. pag. 347. u. ff.

§. 10.

Deutsches Recht.

Unterstützt durch die Begünstigungen des römischen und kanonischen Rechts war es der Nullitätsquerel ein Leichtes, auch bald in Deutschlands Gerichten Eingang zu finden, und sie war den Advokaten ein erwünschtes Mittel, die Prozesse in die Länge hinaus zu ziehen und das Privilegium der Inappellabilität unter dem Vorwande der Nullität zu umgehen. Allein bald fühlte man diese Misbräuche; fast keine Sentenz blieb unangefochten, die Bestimmungen des R. R. waren zu weitumfassend, und der Zeitraum von 30 Jahren lange und einladend genug dazu. Frühe erregte dieß also schon die Aufmerksamkeit unserer vaterländischen Gesetzgebung, und schon die Kammergerichts - Ordnung von 1521 verordnete *r)*, daß „Wo jemand am K. G. die Nullität oder „Nichtigkeit voriger Rechtsfertigung vorzuwenden gedächte; so soll er solche Klage auf die Iniquität, „Beschwerung und Ungerechtigkeit — alternative „und miteinander gleich einzubringen schuldig „seyn etc. — Also wird dadurch der Verzug zwey- „facher Rechtsfertigung abgeschnitten, und gefährliche Verlängerung vermieden.“ Weiter unten fügt sie die Beschränkung hinzu: „Und so der K. R. u. B, „solche angezogene Nichtigkeit nicht dergestalt er- „finden, daß dadurch einer Parthey in der „Hauptsache ein unwiederbringlich Un- „recht geschehe; sollen dieselbe vor dem Pro- „grefs,

r) tit. 21, §. 1.

„greß , anderer Unförmlichkeit halber , als nichtig bey ihnen nicht verworfen werden.“

Das Nämliche wiederholte die K. G. O. von 1523 s) nur mit dem Beysatze , daß sie auch erlaubte , besonders auf die Nullität zu klagen ; sie gebraucht folgende Worte : „Wo aber die Nullität alleine vorgenommen wird , soll derselben halber , wie in extraordinariis angezeigt ist , in den Terminen fortgefahren , und procedirt werden.“

Die K. G. O. von 1527 fügte im §. 23 folgende Verordnung hinzu : „Wenn auf die Nullität gehandelt wird , sollen die procuratores die Ursachen der Nullität neben der Iniquität in der Klage specificirte ausdrücken und bestimmen.“

Aus allen diesen Verordnungen ist endlich der 34te Titel des III. Theils der K. G. O. von 1555 , und der 40te Titel im III. Theile des Conceptes der K. G. O. von 1613 zusammengesetzt , welche beyde ganz gleichlautend sind. Sie erlaubten , die Nullitätsbeschwerde entweder principaliter , d. i. allein , oder incidenter , nämlich in Verbindung mit der Appellation , oder der Beschwerde über Ungerechtigkeit anzubringen. Im erstern Falle standen ihr , den Bestimmungen des gemeinen Rechts gemäß , volle 30 Jahre offen , im zweyten Falle aber betrachtete sie das Gesetz als eine accessorische Klage der Appellation , und band sie an ihre Fatalien , doch mit der wichtigen Beschränkung : „Es wäre dann , daß sich aus den Actis erster Instanz ein „offent-

s) tit. 5, §. 6. et 7.

„öffentlich Nullität befünde , welche in anderer Instanz nicht ratificiret werden möchte. Alsdann sollen unser K. R. u. B. auch vor der Kriegsbefestigung , und ex officio darüber endlich zu sprechen , und zu erkennen Gewalt und Macht haben.“

§. II.

Allein bey allem Bestreben der Gesetze , Ordnung in diesem Fache herzustellen , und so viele unnöthige Streitigkeiten abzuschneiden , ward doch noch kein entscheidender Schritt von ihnen gethan , alles drehte sich im Zauberkreise von Unbilligkeit (iniquitas) und Nichtigkeit ; (nullitas) es fehlte noch immer an einer charakteristischen Norm , wann erstere oder letztere vorhanden war , denn kein Gesetz sprach bisher deutlich aus , wann principaliter auf die Nullität geklagt werden dürfte , oder worinn sich die Nichtigkeit eines Urtheils von seiner Unbilligkeit unterscheide. Fast in jedem Prozesse suchten die Prokuratoren aus der Ungerechtigkeit eine Nullität zu deduciren , um statt der 10tägigen Appellationsfrist die Vortheile der 30jährigen Präscriptionszeit zu genießen.

Noch wüthete der Sturm des dreyßsigjährigen Krieges , allein besorgt für das allgemeine Justizwesen und trachtend nach einer zweckmäßigen Reform desselben , versammelten sich Deutschlands Stände bey der ersten auflebenden Hoffnung des Friedens zu Frankfurt , um die in den deutschen Landes- und Reichsgerichten eingerissenen Misbräuche auszurotten , und dem Gange der Justiz eine zweck-

zweckmäßige , schleunigere Wendung zu geben. BAIERN gebührt die Ehre , hier durch seinen Gesandten den 22ten May im Jahre 1644 zuerst Vorschläge gemacht zu haben , den grofsen Misbräuchen der Nullitätsquerel abzuhelpfen. Er erinnerte nach abgelesenem Concept : „dafs , nachdem in Camera inter „sententiam nullam et injustam so weit ein Unterschied gemacht worden , dafs ratione illius nicht „vonnöthen , intra certum tempus die querelam nullitatis zu interponiren , sondern solches innerhalb „10 , 20 , 30 und mehreren Jahren zu thun vorbehalten „gewesen , also zu Abschneidung solcher Weitläufigkeit , und damit der obsiegende Theil wissen „möge , ob und wenn die für ihn ergangene Urtheil „in ihre Kraft und Wirkung endlich erwachsen , nicht „undienlich seyn würde , wann dieser Unterschied „ganz aufgehoben , und statuirt werden sollte , sowohl à sententiâ nullâ als injustâ intrâ decennium „zu appelliren.“ *t)* — Burgund und Münster traten der baierischen Erinnerung ganz , Braunschweig , Konstanz , Würzburg etc. aber mit der Beschränkung bey , wenn es auf ein Decennium gemeint wäre. Pommern , dem auch Hessen und Nürnberg beystimmten , war allerdings der Meynung , dafs zu Einbringung der Nullitätsbeschwerde ein engerer Termin gesetzt werden sollte , allein den gewöhnlichen Appellationstermin von 10 Tagen hielt es für viel zu enge , und zu drückend für die beschädigte Parthey , weil sehr oft die Mittel die Nullität zu beweisen erst

t) Siehe bey Meyern acta comital. Ratisbon. publ. de anno 1653 et 1654. Götting. 1740. Tom. II. pag. 163.

erst nach Verlauf dieses Termins sich darbieten. Die Deputirten besprachen sich noch länger darüber, doch war das Resultat nichts anders, als: „dafs „es bey dem Aufsatz nebst der Einrückung des im „löbl. Bairischen voto gethanen Vorschlags verblei- „ben sollte; jedoch stünde dahin, der im Pomme- „rischen voto beschehenen Erinnerung ferners nach- „zudenken.“ *u)*

Das daraus entstandene Reichsdeputationsgut-
achten vom 20ten Jun. 1644 enthält daher folgende
Vorschläge:

11) „Hat man nunmehr von vielen Jahren hero
„verspührt, dafs am Cammer-Gericht viel Zeit,
„auch in deme sehr übel angelegt worden, dafs weit-
„läufig und vielmals unnöthiger Dingen disputirt
„worden, ob sententia als nulla oder injusta sich
„verhalte, und zwar aus diesem Fundament, dafs
„a sententia nulla in dreyßig Jahren die Klage pro-
„sequirt, a sententia iniqua aber intra decendium
„appellirt werden kann und soll. — Zu Verhütung
„nun dergleichen unnöthigen disceptationen, so wäre
„der Reichs Deputirten, Churfürsten und Stände
„Gesandten Meynung nach, durch künftigen Reichs-
„Deputations-Abschied zu sanciren, quod fatale in-
„terponendae appellationis tam a sententia injusta,
„quam a sententia nulla decendium esse debeat, und
„dafs der, welcher sich per sententiam nullam be-
„schwert zu seyn vermeynet, nicht zuzulassen, wann
„er intra decendium von solcher Beschwerung nicht
„provocirt. Würde gleichwol der verlustigte Theil,
„nach

u) Meyern a. a. O. pag. 164.

„nach erörtertem Prozeß nullitatem sententiae bey-
„bringen, soll derselbige restitutionem in in-
„tegrum zu suchen, und nullitatem zu deduciren
„befugt seyn.“ v)

So sehr immerhin die Reichsdeputation durch
ihr Gutachten die Sache verbessert zu haben glaubte,
so blieb doch noch immer der Unterschied zwischen
sententia nulla und injusta, denn nur bey der nulla
konnte das Restitutionsgesuch statt finden, und den
Streitigkeiten würde dadurch das nämliche grofse
Feld offen gestanden seyn wie vorher. Baierns
Vorschlag mußte durchgesetzt werden, die Nichtig-
keitsbeschwerde ganz an den Appellationstermin zu
binden, und sie beyde in Eins zusammenzuschmel-
zen, oder es mußten genauere Merkmale bestimmt,
und die Fälle der Nullität namentlich ausgedrückt
werden.

§. 12.

Die Untersuchung des Justizwesens wurde auf
dem Reichstage zu Regensburg im Jahre 1653
der ordentlichen Reichsdeputation übertragen. Auch
hier kam die Sache zur Sprache, und das Resultat
ihrer Abstimmungen, welches Meyern x) an-
führt, war folgendes:

„Bey dem 11ten §. (des Frankfurter De-
putationsgutachtens) ist erinnert worden, dafs,
„wann eine Parthey dociren könnte, dafs notorie in
„concipiendis sententiis nullitates mit eingeloffen,
„solche

v) Meyern a. a. O. pag. 202.

x) a. a. O. S. 398.

„solche ad restitutionem in integrum zu lassen , ob-
gleich das decendium nicht observirt, doch in alle
„Wege solche Restitution praevio prius juramento
„suchen , und vorhero ablegen solle.“

Kurz darauf , den 1ten alten oder 10ten Novem-
ber 1653, überreichte die Reichsdeputation der
Reichsversammlung ihre Relation , worinn sie in Be-
treff der Nullitäten von den Restitutionsgesuchen
gar keine Meldung mehr macht, sondern vielmehr
jene Fälle genauer zu bestimmen sucht , und na-
mentlich angiebt , worinn sich das 10tägige Appel-
lationsfatale nicht auf die Nullitäten erstreckt. Die
Worte des Projektes lauten: „Bey der 1ten Cau-
„tel wird es bey der Frankfurter Deputirten Mey-
„nung , daß nämlich auch a sententia nulla intra de-
„cendium appellirt werden solle , quoad nullitates
„ex formalitate et subtilitate processus resultantes
„gelassen. So viel aber diejenigen nullitates betrifft ,
„welche insanabilem defectum ex persona judicis ,
„aut partium , oder ex substantialibus processus ha-
„ben , bleibet es bey dem jure communi.“ *y*)

Bestättiget wird auch hier Baierns Vor-
schlag , alle Nullitäten dem Appellationsfatale zu un-
terwerfen ; allein das erstemal werden hier nament-
lich einige Nullitäten herausgehoben , welche ihrer
Wichtigkeit wegen unmöglich durch ein 10tägiges
Schweigen der Rechtskraft unterworfen seyn konn-
ten , und auf sie sollen die Bestimmungen des ge-
meinen Rechts anwendbar seyn , d. h, ihre Erlö-
schungsfrist soll 30 Jahre dauern.

Ganz

y) Meyern , a. a. O. S. 419.

Ganz übereinstimmend mit diesen Grundsätzen ist die Stelle des am $\frac{10}{20}$ December 1653 abgegebenen Reichsgutachtens an den Kaiser, worinn die Meynung der Churfürsten und Stände dahin geht, „durch künftigen Reichsabschied zu sanciren, quod „fatale interponendae appellationis, tam a sententia „injusta, quam nulla, wann die nullitas ex formalitate et subtilitate processus herfließet, decendum esse, ita et fatale introducendae, prout in „appellatione a sententia iniqua, sub praejudicio de „sertionis observari debeat, und daß der, welcher „sich per talem sententiam nullam beschweret zu „seyn vermeynet, nicht zuzulassen, wenn er intra „decendum von solcher Beschwerde nicht provociret. Würde gleichwohl der verlustigte Theil, „nach erörtertem Prozeß, nullitatem sententiae in „Erfahrung bringen, solle derselbe restitutionem „in integrum, und nullitatem zu deduciren befugt „seyn. So viel aber diejenigen nullitates betrifft, „welche insanabilem defectum ex persona judicis „aut partis, oder ex substantialibus processus haben, wäre es bey dem jure communi zu lassen.“ z)

Es folgten noch mehrere Berathschlagungen auf dieses allgemeine Reichsgutachten, und nach geschehenen Re- und Correlationen wurde es endlich dem Kaiser übergeben. Den $\frac{13}{23}$ April 1654 erfolgte die Kaiserliche Resolution, welche das Gutachten vollkommen bestätigte:

„Betreffend die bis anhero streitig gewesene „Frage, ob die appellationes, welche a sententia „nulla

z) Meyern a. a. O. S. 444.

„nulla interponiret werden, eben sowohl als dieje-
„nige, welche contra sententiam iniquam gesucht,
„innerhalb zehen Tagen a die publicationis zu inter-
„poniren, lassen Ihro Kayserl. Majestät der Stände
„Meynung, daß nämlich in allen beeden Fällen das
„fatale interponendae das decendium seyn soll — sich
„allergnädigst wohlgefallen.“ a)

Der Reichsschluss war nun vollendet, allein die
Stände waren mit ihren eignen Vorschlägen noch
nicht zufrieden, und glaubten, sich noch bestimm-
ter ausdrücken zu müssen; und schon am fünften
Tage nach der Kaiserlichen Resolution, wurde in
den 3 Reichskollegien über die Sache wieder debat-
tirt. Im Schlusse des Fürstenraths vom $\frac{18}{28}$ April
wurde erinnert:

„Der Nullitäten halber wird wiederholet, daß
„ein Unterschied zwischen den nullitatibus wider das
„Jus naturale lauffend, und den nullitatibus juris
„positivi zu machen, dergestalt, daß in diesen das
„fatale decendii sowohl als in den Appellationibus
„hinführo statt haben, in jenen aber wegen der
„Zeit, in welcher die Klage der Nullität einzuwen-
„den, bey den gemeinen Rechten gelassen wer-
„den solle.“ b)

Weder das churfürstliche, noch städtische
Collegium erinnerte etwas gegen diesen Schluss,
er ward also in das gemeinsame Gutachten der
3 Reichskollegien aufgenommen, und erhielt durch
die Kaiserl. Resolution vom $\frac{23 \text{ April}}{3 \text{ May}}$ 1654 seine Be-
stätti-

a) Meyern a. a. O. S. 641,

b) Meyern S. 653.

stättigung, worinn „Ihre Kaiserl. Majestät für billig
„befanden, dafs — — auch dasjenige, was ratione
„der differentiae inter nullitates contra Jus naturale
„et civile in ihrem Gutachten erinnert worden, in
„Acht genommen werden solle.“ c)

§. 13.

Nun ward ein neuer Unterschied aufgestellt; nullitates contra jus naturale und nullitates juris positivi wurden von einander getrennt, und nur diese sollten der 10tägigen Appellationsfrist unterworfen seyn. Allein man war dadurch eben so klug, als zuvor: wie man vorher über Unbilligkeit und Nichtigkeit der Sentenzen stritt, so würde sich itzt ein neues Feld des Streites geöffnet haben, ob eine Nullität aus der Natur der Sache, oder aus positiven Gesetzen entspringe, und obwohl in den neuesten Zeiten vorzüglich *Almendingen* mit vieler Präcision beyde von einander zu scheiden suchte, so wäre doch nach der verschiedenen Ausbildung und wissenschaftlichen Behandlung der Prozeßtheorie manche Nullität bald als eine natürliche, bald als eine positive betrachtet worden, und das Gesetz würde dadurch vielen willkürlichen Interpretationen preis gegeben seyn. Man kann es daher Glück nennen d), dafs dieser Unterschied

c) Meyern, S. 657.

d) Der nämlichen Meynung ist Gönner a. a. O. §. 7. p. 403 u. ff. und indirecte auch Grolmann in seiner Theorie des gerichtl. Verfahrens, 2te Auflage. — Note zu dem §. 218.

schied nicht in den jüngsten Reichsabschied überflüssig, denn er wäre wirklich nur gemacht gewesen, den Schwall von Controversen zu vergrößern, und neue Verwirrung anzurichten. Es scheint aber übrigens nicht einmal die Absicht des Kaisers und der Stände gewesen zu seyn, etwas ganz Neues aufzustellen, wie Gönner richtig bemerkt; denn das Monitum wurde viel zu oberflächlich behandelt, als daß man daraus auf die Absicht einer neuen Legislation schließen könnte; und, wie ich schon oben bemerkte, scheint bloßes Misstrauen auf die frühere Verordnung und Furcht eines zu unbestimmten Ausdrucks die Ursache dieses Unterschieds gewesen zu seyn, der es also im Sinne der Gesetzgeber bloß den Worten, nicht der Sache nach ist.

Das Resultat dieser Berathschlagungen war folgende Stelle des jüngsten Reichsabschieds e):

„§. 121. Indeme auch nunmehr, zum
 „Zehenden, von vielen Jahren hero mit
 „vieler Zeit Verlierung unnöthiger Din-
 „gen vielfältig disputirt worden, ob sen-
 „tentia nulla oder injusta sich erhalte,
 „und zwar darum allein, daß a senten-
 „tia nulla in dreißig Jahren die Klag
 „prosequirt, a sententia iniqua aber in-
 „tra decendium appellirt werden kann
 „und solle, so solle zu Verhütung der-
 „gleichen unnöthigen Gezänks, in allen
 „beeden Fällen, das ist, a sententia tam
 „nulla quam iniqua, das fatale interpo-
 „nen-

e) Jüngst. Reichs - Abschied d. a. 1654. §. 121, 122.

„nendae observirt, darüber auch hinfüro
„bey unserm Cammer-Gericht stät und
„vestiglich gehalten werden.

„§. 122. Bey denjenigen Nullitäten aber,
„welche insanabilem defectum aus der
„Person des Richters, oder der Parthey,
„oder aus den substantialibus des Proces-
„sus nach sich führen, verbleibt es bey
„der Disposition der gemeinen Rech-
„ten.“

§. 14.

Ganz vernichtet wurde nun der Unterschied zwischen unbilligen und nichtigen Urtheilen, und nichts mehr gemeldet von natürlichen und positiven Nichtigkeiten; allein streitig bleibt nun die Frage, oder schien wenigstens Vielen unentschieden zu seyn, ob man bey den Worten des Reichsabschiedes müsse stehen bleiben, oder sie aus dem vorhergegangenen Reichsschlusse erklären müsse: d. h. ob das Gesetz bloß natürliche oder bloß jene Nichtigkeiten anerkenne, die aus den Mängeln des Richters, der Partheyen, und den Substantialien des Prozesses entspringen? Ferners fragt es sich: was sind die substantialia des Prozesses? Sind alle übrigen Nichtigkeiten ausgeschlossen? Oder muß das Gesetz als Ausnahme stricte interpretirt werden? — Viele hielten das ganze Gesetz für zwecklos; Andere glaubten, durch das Wort insanabilis sey alles abgethan. Kurz — Alle kamen doch in so weit überein, daß sie aus dem Worte insanabilis den Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nullitäten fanden.

Es sey mir erlaubt, die Ansichten einiger berühmten Männer über diese Stelle des Reichsabschiedes nur kurz anzudeuten, Gönners und Almen-
dingens Theorieen aber ausführlicher und kritisch durchzugehen, um dann meine eigene Ansicht über die Vollständigkeit dieses unsers vaterländischen Gesetzes anführen zu können! —

§. 15.

Pütter glaubt *f*), durch diese Verordnung sey gar nichts gewonnen, denn es scheint ihm eine *petitio principii* vorhanden zu seyn, was denn eigentlich ein unheilbarer Mangel sey. Denn wollte man jene Nullität heilbar nennen, auf die man verzichten kann, so gäbe es keine unheilbare, weil jeder seinem Rechte entsagen könne: wäre aber jene Nullität bloß heilbar, die durch ein neues Urtheil ersetzt werden kann, so könne ja auch ein unheilbarer Mangel so gehoben werden. Er hält die so genannte heilbare Nullität eigentlich für gar keine Nullität, sondern nur für Appellation unter dem Namen der Nullität: bloß jene, welche der j. R. A. unheilbar nennt, ist wahre Nullität, sie mag, wie die Mängel des Richters und der Partheyen aus der Natur der Sache, oder wie Fehler an den Substantialien des Prozesses aus positiven Gesetzen abstammen.

Doch glaubt Pütter *g*), der j. R. A. spreche nur beyspielweise, und gemäß der bekannten Regel,

f) De querelae nullitat. et appellat. conjunctione §. 20. et seq. Nro. VIII. in dessen bemerkten opusculis.

g) l. c. §. 31. et seq.

gel, daß die Setzung des Einen nicht Ausschließung alles Andern sey, findet er sich berechtigt, noch mehrere Fälle anzunehmen, welche, wenn nur gehöriges Maß beobachtet wird, unter die unheilbaren Nichtigkeiten können gebracht werden. Er hebt dabey heraus:

1) Urtheile, welche offenbar ein vollkommenes Recht des einen Theils verletzen.

2) Urtheile, die sich auf die Leichtgläubigkeit des Richters wegen eines offenbar falschen Faktums stützen. Und endlich

3) Urtheile gegen klare Gesetze, (contra jus in thesi) wobey er aber manche höchst nöthige Beschränkungen anführt *h*).

§. 16.

K o p p *i*) nimmt 4 Arten von Nullitäten an, jene nämlich 1) aus der Person des Richters, 2) der Par-

h) Die Unrichtigkeiten dieser Theorie, deren Widerlegung mich zu weit führen würde, sind vorzüglich gehandelt in Schnauberts Erörterung etc. not. *a*) ad §. 10. — Gönner a. a. O. §. 23, u. ff. — Almendingen a. a. O. S. 331. — Uebrigens beweiset auch Klein in den angeführten Rechtssprüchen S. 292, deutlich, daß keineswegs, wie Pütter wähnt, durch die Bestimmung des §. 121 des j. R. A. aller Unterschied zwischen Appellation und der heilbaren Nichtigkeitsbeschwerde aufgehoben sey. — Zwar führt er Pütter in pag. 292 als übereinstimmend mit seiner Meynung an; doch geschieht dieß nur beym Beweise, daß eine sententia contra jus in thesi eine Nullität begründe.

i) in Kannegiessers decision, Hassocasellan, Tom. IV. dec. 118.

Partheyen, 3) den Substantialien des Prozesses, und 4) aus dem Inhalte des Urtheils. (ex neglectu meritorum causae) Er glaubt, es sey Folge eines offenbaren Kanzleyversehens, daß die letzte Art im jüngsten Reichsabschiede weggelassen wurde, und er will aus dem Conclusum des Fürstenrathes vom $\frac{1}{2}\frac{8}{8}$ April 1654 den ganzen Streit mit einem Male entscheiden, denn

1) betrachtet er dieses als eine ganz neue Verordnung, welche alle Erfordernisse und volle Kraft eines vollkommenen Reichsgesetzes hatte, weil es nicht nur auch von den beyden andern Reichskollegien genehmigt wurde, sondern sogar vom Kaiser seine Bestätigung erhielt. Als solches mußte es nothwendig das frühere Reichsgutachten vom $\frac{1}{2}\frac{0}{0}$ Dec. 1653 aufheben.

2) Da aber demungeachtet der Concipient des j. R. A. nicht die Worte des neuen Reichsgesetzes, sondern jene des derogirten Reichsgutachtens in den Reichsabschied aufnahm, so könne aus diesem Irrthume unmöglich eine rechtliche Verbindlichkeit entstehen, und nur das Fürstenrathsconclusum habe gesetzliche Kraft, da der einzige Grund der Gültigkeit eines Gesetzes der Wille des Gesetzgebers sey.

3) Weil unter den Nullitäten contra jus naturale alle jene begriffen seyn müssen, welche im natürlichen Rechte begründet sind; so glaubt Kopp, daß die Nichtigkeiten ex meritis causae auch hieher gehören, und auch nach dem jüngsten Reichsabschiede noch wie nach gemeinem Rechte fortbestehen.

Nach

Nach seiner Ansicht stünde also die Nullitätsbeschwerde in allen den vielen nach gemeinem Rechte aufgeführten Fällen offen, und nur bey Unterlassung haltloser Förmlichkeiten und Solennien des Prozesses wäre sie abgeschnitten. — In diesem Falle würde ich wirklich im Reichsgesetze keinen grossen Vortheil einsehen *k*)!

§. 17.

Schnaubert *l*) hält die Bestimmung des j. R. A. für ganz vollständig und erschöpfend, er findet darinn den deutlich ausgesprochenen Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nullitäten, und sucht den Begriff der letztern einzig aus dem j. R. A. zu eruiren. Nach diesem sind blos jene Nullitäten unheilbar, die aus der Person des Richters, der Partheyen oder den substantialibus des Prozesses entstehen. Er widerspricht geradezu der Meynung derjenigen, welche glauben, der j. R. A. spreche beyspielsweise, er sieht die unheilbaren Nullitäten als blofse Ausnahmen von der Regel an, und da alle Ausnahmen strenge interpretirt werden müssen, so glaubt er, dafs ausser den im §. 122. d. j. R. A. namentlich angegebenen Nullitäten keine andern mehr zu den unheilbaren dürfen gezählt werden. Daraus folgt, dafs die nullitas absoluta et respectiva, die nullitas ex errore calculi etc. wegfällt.

Eine

k) Ausführlich widerlegt Kopp's Meynung Schnaubert a. a. O. von §. 12. an.

l) in der öfters angemerkten Abhandlung.

Eine Ausnahme von der allgemeinen Unterwerfung der Nullitäten unter die Appellationsfrist glaubt er doch dem j. R. A. beyfügen zu müssen, welche dieser übergieng. Sie erlaubt dem verlierenden Theile auch nach dem decendium restitutionem in integrum zu suchen, und nullitatem zu deduciren, wenn er erst nach erörtertem Prozeß nullitatem sententiae erfährt. Er findet sie gegründet, in dem vom Kaiser ratificirten Reichsgutachten vom 12^o Dec. 1653: da es nicht mehr derogirt wurde, so hat diese Ausnahme die Kraft eines Reichsgesetzes erhalten.

§. 18.

Endlich trat nach diesem Schwallen sich geradezu widersprechender Meynungen G ö n n e r m) auf, dieser in der Ausbildung der Prozeßtheorie so wichtige Mann. Mit dem ihm eignen Scharfsinn versuchte er die Bahn zu brechen, und schlug einen neuen Weg ein. Nicht in der Natur der Sache, sagt er, sondern nur im positiven Rechte, ist der Unterschied zwischen Beschwerde und Nichtigkeit gegründet. Durch das einzige Wort insanabile defectum hat der jüngste Reichsabschied vollkommenes Licht über den Erkennungsgrund der Nichtigkeiten verbreitet, und im Geiste dieses Gesetzes findet er den ganzen Unterschied angegeben, welche Nichtigkeit heilbar oder nicht heilbar sey. Das Unheilbare sey dem Heilbaren entgegengesetzt, und indem der j. R. A. einige Nullitäten insanabiles nennt,

m) in der bemerkten 64. Abhandl.

nennt, alle übrigen aber an das Appellationsfatale anweist, so meynt er, das Gesetz habe diese heilbaren Nullitäten der Willkür der Partheyen heimgegeben. Wer bey diesen die Appellation innerhalb 10 Tagen nicht gebraucht, verzichtet darauf, er ist mit dem Urtheil zufrieden, der ganze Mangel ist gehoben, denn er hieng nur von der Parthey ab. Heilbare Nichtigkeiten sind daher jene, die durch den Verzicht gültig, geheilt werden können. Im Gegensatze davon versteht er unter unheilbaren Nullitäten jene, die vom Verzicht der Partheyen nicht abhängen, also auch durch den Verzicht auf das ordentliche Rechtsmittel der Appellation nicht gehoben werden können.

Nach ihm läge also das Kriterion der Unheilbarkeit bloß darinn, daß auf sie sich kein Verzicht der Partheyen erstrecke.

§. 19.

Gestützt auf diesen Grundsatz führt Gönner 2 Hauptklassen von Nullitäten auf.

A. Einige sind unheilbar nach natürlichen Folgen des im j. R. A. aufgestellten Grundsatzes, und zwar:

I) ausdrücklich, oder

II) nicht ausdrücklich darinn anerkannt.

B. Andere haben den Charakter der Unheilbarkeit nur durch specielle Verordnungen erhalten.

Zur

Zur ersten Klasse, und zwar:

ad I) gehören

1) Mängel in der Person des Richters,
z. B. *judex incompetens, suspectus*.

2) in der Person der streitenden Theile,
z. B. mangelnde *legitimatio ad causam vel ad processum*.

3) in wesentlichen Stücken des Prozesses. — Freylich fragt sich da wiederum, was ist denn wesentlich? Und hier wendet Gönner das Kriterion an: nur jene Stücke sind wesentlich, bey deren Verabsäumung der Verzicht der Parthey die Gültigkeit nicht herstellen kann. Zwar kann die Natur der Sache und das positive Recht Stücke zu wesentlichen Bestandtheilen des Prozesses machen, allein wegen vernachlässigter Förmlichkeiten findet nur dann die unheilbare Nichtigkeitsklage statt, wenn ihre Folgen sich auf das ganze Verfahren erstrecken.

ad II) Hieher rechnet Gönner jene Nullitäten, die aus dem Inhalte des Urtheiles selbst (*ex meritis causae*) entspringen. Auch bey diesen bleibt nach Gönner der alte Grundsatz aufrecht stehen, daß nur jene davon unheilbar seyen, deren Gültigkeit ein Verzicht der Partheyen nicht herstellen kann. Er unterscheidet daher zweyerley Arten von Gesetzen: die Bestimmung einiger enthält solche Rechte, welche der Willkür der Partheyen Spielraum geben, und also veräußerliche

liche Rechte festsetzen. Andere Gesetze hingegen lassen vom Verichte nichts abhängen; ihre Verordnung liegt außer dem Kreise der Disposition von Privatpersonen.

Zu den Gesetzen ersterer Art gehören alle jene, welche durch Verträge abgeändert werden können, z. B. daß nach vollendetem Kaufe die Gefahr auf den Käufer übergeht; zu denen der zweyten Art aber zählt Gönner a) alle absolut gebiethenden und verbiethenden Gesetze, z. B. den commissorischen Vertrag, und b) alle jene, die das öffentliche Recht unmittelbar angehen, wenn sie schon auf Privatverhältnisse Einfluß haben, z. B. Erklärung der Blödsinnigkeit und Mündigkeit. Er findet diese Eintheilung im Geiste des j. R. A. gegründet, und bezieht sich auf die Analogie der Ehegesetze n).

Die von Pütter und Weifs o) hier gesetzten Nullitäten, welche aus einem Urtheile gegen klare Gesetze (contra jus in thesi) entspringen sollen, verwirft Gönner gänzlich, denn er findet in dieser ganzen Eintheilung keinen logischen Grund, und hält die aus der Individualität der Römischen Gerichtsverfassung geflossene Verordnung für unser Justizwesen vollkommen unanwendbar.

Die

n) Cap. 7, 10, 11. X. de sent. et re judic. (II, 27). — J. H. Böhm er Jus eccles. Protest. Lib. II. tit. 27, §. 41 — 52. — G. L. Böhm er Princ. Jur. Canon. §. 324.

o) Pütter, l. c. §. 34 — 39. — Weifs in der angeführten Dissertation, §. 6.

Die zweyte Klasse der Gönnerischen Nullitäten begreift folgende Fälle :

- 1) Unheilbar nichtig ist ein Urtheil , das einem andern rechtskräftigen Urtheile widerspricht. (*sententia contra sententiam*) Er stützt sich dabey auf L. 1. C. *sentent. resc. non posse* , und Cap. 20. X. *de re judic.*
- 2) Urtheile , welche aus einer falschen Ursache gefällt wurden : er findet dieß begründet in L. 33. Dig. *de re judic.* und L. 1. Cod. *si ex fals. instrum.*
- 3) Verletzungen aus Rechnungfehlern , gemäß der L. 1. §. 1. dig. *quae sent. sine appell. rescind.* — L. unic. Cod. *de errore calculi.*

Blos bey diesen Fällen glaubt er , daß die positiven Gesetze den Verzicht abgeschnitten haben ; alle übrigen angeblichen Nullitäten verweist er in die Klasse der heilbaren.

§. 20.

Wahr ist es , G ö n n e r brach die Bahn ! Scharfsinn , Genialität und Consequenz charakterisiren diese Nullitätendeduktion , wie jede andere aus der Feder dieses wichtigen Mannes geflossene Arbeit : allein es walten dennoch groſse und sehr bedeutende Zweifel ob , die selbst schon groſsen Männern ein Stein des Anstoſses waren ! W e b e r und A l m e n d i n g e n suchten vorzüglich G ö n n e r s Meynung zu widerlegen *p*). Ich werde daher zuerst ihre

p) Desgleichen auch Bornemann in der oben angeführten Abhandlung §. 6 et 7. Eine kleine , aber sehr schätz-

ihre Gegengründe anführen, und dann sey es mir erlaubt, auch diese kurz zu prüfen, und ihnen meine eigenen Zweifel gegen die Gönnerische Theorie beyzufügen!

W e b e r *q)* sucht vorzüglich G ö n n e r s Meynung, daß ein Spruch gegen das jus in thesi keine unheilbare Nichtigkeit erzeuge, und daß die ganze Unterscheidung zwischen jus in thesi et in hypothesis unnütz sey, zu entkräften.

So wie er die Belege für G ö n n e r s Meynung sorgfältig zusammenstellt, eben so sehr häuft er die Einwürfe und Schwierigkeiten dagegen.

1) G ö n n e r s Hauptgründe, daß aus dem bloßen Urtheile ohne Entscheidungsgründe nicht erhellt, ob contra jus in thesi vel in hypothesis gesprochen wurde, und daß das R. R. wegen der Individualität seiner Gerichtsorganisation bey uns nicht mehr anwendbar sey, sucht er dadurch umzustossen, weil nach seiner Meynung schon aus den Akten klar ist, ob ein falscher Rechtssatz aufgestellt wurde, und überdiess eine Untersuchung der Sache statt der Römischen Justizorganisation gelten könnte.

2) Auf G ö n n e r s Behauptung, daß ohne Verwirrung der Gränzen der Rechtsmittel die angegebene Unterscheidung nicht statt finden könne, erwiedert

schätzbare Schrift, welche bey weitem die richtigsten Ansichten über die im j. R. A. angeführten Bestimmungen über Nullitäten enthält! Da seine Einwürfe meistens mit denen der Uebrigen übereinstimmen, so führe ich sie nicht speciell an.

q) in seiner Appellation in Criminalsachen, §. 37.

wiedert **W e b e r** : Falsche Eruirung des Faktums sey ein geringerer Fehler als Aufstellung eines falschen Rechtssatzes , und die Billigkeit fordere einen Unterschied zwischen größern und kleinern Fehlern.

3) Die Art der Verletzung , wenn der Richter im Major oder Minor des juristischen Syllogismus fehlt , sey keineswegs gleich , denn stellt er einen falschen Rechtssatz auf , so setzt er sich offenbar über die Gesetze hinaus , und handelt seiner ersten Bestimmung zuwider ; daher sey **Gönners** Behauptung , daß es der Eintheilung am logischen Grunde fehle , nichtig ; denn nicht in der Verletzung des Rechts der Partheyen , sondern in der zu auffallenden Art dieser Verletzung liege der Grund des Unterschieds.

4) Daraus zeigt er , daß **Gönner** von einer Sache auf eine andere ganz verschiedene schließt , wenn er behauptet , daß ein Fehler gegen das jus in thesi oder in hypothesi gleich sey , weil man Gleiches für Gleiches setzen kann , und das Urtheil nur die Erklärung ist , daß das gegebene Factum jenes im Gesetze vorausgesetzte sey. Denn , sagt **W e b e r** , ein Spruch gegen das klare Gesetz ist ganz verschieden von der Subsumtion unter das Gesetz. Und dadurch würde der Rekurs von der richterlichen an die gesetzgebende Gewalt ganz aufhören , oder müßte immer statt haben.

5) **W e b e r** sagt , das Gönnerische Trilemma , (daß ein Fehler gegen die Herstellung des Faktums , gegen das anzuwendende Gesetz , und gegen die Rechte der Partheyen immer klaren Gesetzen entge-

entgegenstreite, weil immer eines dieser 3 Arten von Gesetzen nicht beobachtet würde) vermische gerichtliches Verfahren mit den klaren Verordnungen und Wirkungen der Gesetze. — Auslegen und Anwenden des Gesetzes sey Sache des Urtheils — ihnen Zuwiderhandeln aber Sache der Unwissenheit und Bosheit!

6) Die Kriterien zwischen klar und dunkel seyen bestimmt; man wisse ja, welche Gesetze Interpretation brauchten.

7) Glaube er, G ö n n e r darauf zu führen, daß er selbst Urtheile gegen das *clarum jus in thesi* annimmt, weil er die Nullitätsquerel bey unveräußerlichen Rechten gestattet,

Außer diesen speciellen Einwürfen sucht W e b e r noch zu zeigen, daß G ö n n e r s Princip des Verzichtes weder mit der Natur der Sache, noch mit dem Römischen Rechte, noch mit dem Geiste des j. R. A. übereinstimme. Es ist mit der Natur der Sache im Widerspruche, weil jedem Rechte entsagt werden kann; mit dem Röm. Rechte, weil dieses alle Urtheile gegen klare Gesetze ohne Unterschied auf Verzichtbarkeit als null anzufechten erlaubt, und nicht vom Verzichte, sondern vom Grundsatz ausgeht, *quod contra leges, vi destitutum est*; mit den j. R. A., weil die Verfasser desselben nicht auf Verzicht, sondern auf Billigkeit, und außerordentliche Verletzung sahen, was schon aus der in den Verhandlungen vorkommenden Unterscheidung zwischen *nullitatibus juris positivi et naturalis* erhellet.

§. 21.

Wichtig und von bedeutenden Folgen sind Almendingens ^{r)} Gründe gegen die Gönnerische Theorie ; er sucht sein Princip des Verzichtes ganz umzustossen , um die völlige Zusammenstürzung des darauf gebauten Systems zu bewirken , er spricht ihm den Werth eines höchsten und untergeordneten Grundsatzes ab , und entdeckt darinn nur Widerspruch mit dem Zwecke des prozessualischen Verfahrens. Seine Gründe gegen dasselbe als untergeordneter Grundsatz sind :

1) Durch das aufgestellte Princip des Verzichtes unterscheidet sich die heilbare Nullität nicht mehr von der Appellation.

2) Aus der Unveräußerlichkeit des Rechts läßt sich die zweyte Klasse der Gönnerischen Nullitäten nicht erklären. Dieses wohl fühlend , leitet Gönner die darunter begriffenen Nullitäten aus speciellen , positiven Verordnungen ab. Allein wie stimmt dieß mit dem Reichsschluss vom 3ten May 1654 überein , der alle positiven Nichtigkeiten unter die Klasse der heilbaren verwiesen wissen will? — Das Röm. Recht wurde als Regel durchaus aufgehoben ; warum sollte es hierinn gültig bleiben ?

Allein auch als höchstes Princip spricht ihm Almendingen allen Werth ab ; denn

1) es legt dem Richter , nach seiner Meynung , eine Fähigkeit bey , die er nicht hat , weil dieser
nie

^{r)} in seiner Metaph. d. Civilproc. nro. 10. pag. 333.

nie Rechte verletzen kann; das Ganze sey ein metaphorischer Ausdruck anstatt: der Richter habe geirrt.

2) Es traut der nicht appellirenden Parthey einen nicht erlaubten Willen zu; denn Unterlassung der Appellation ist nicht Veräußerung des Rechts, sie ist bloßer Verzicht auf die Vertheidigung, nicht auf das Vertheidigte. Zu dieser Behauptung berechtigt das Gesetz des zureichenden Grundes, denn niemand wird ohne Noth sein Recht aufopfern, und der Satz ist allgemein, *nemo suum jactare velle praesumitur*.

3) Zur Vertheidigung unveräußerlicher Rechte giebt es keinen Zwang, Urtheile dagegen können eben so gut rechtskräftig werden, wie gegen veräußerliche. Daher ist bey jenen das auf falsche Entscheidungsgründe gebaute Urtheil allerdings der Rechtskraft fähig. Bloss die Art der Vertheidigung ist zwischen beyden verschieden; unveräußerliche Rechte müssen ihrer Wichtigkeit wegen vor dem Staatsrichter, veräußerliche aber können vor jedem beliebigen Staats- oder Privatrichter vertheidiget werden.

Gönners Bemühen, die Nichtigkeit eines auf falsche Beweismittel gebauten Urtheils auf die gesetzliche Autorität des kanonischen Rechts zu stützen, vernichtet Almenningen dadurch, daß er zeigt, daß aus den besondern Regeln einer einzelnen Gattung von Rechtsgeschäften sich keine allgemeine Norm bilden lasse, denn die Ehe beruht als Sakrament auf heiligern Rücksichten als z. B. der wucherliche Kontrakt; und überdiess erklären die al-

legirten Stellen *s*) das Urtheil nicht einmal der falschen Entscheidungsgründe wegen als nichtig *t*).

§. 22.

W e b e r s Gründe, wodurch er gegen G ö n n e r die Unterscheidung des Urtheils contra jus in thesi et in hypothesis zu rechtfertigen sucht, sind für unsern Zweck eben von keinem sonderlichen praktischen Nutzen, denn vorzüglich die übrigen Gründe, welche auf G ö n n e r s Hauptprincip abzielen, sind es, welche die Unhaltbarkeit seines Systems beweisen, und bey unserer Erklärung des j. R. A. entsteht gar nie die Frage über die Nichtigkeit eines Urtheils gegen klare Gesetze. Wollen wir aber dennoch diese Einwendungen W e b e r s näher würdigen, so muß ich bekennen, daß sie nicht im Stande sind, mich zu überzeugen; denn ganz der Natur der Sache gemäß behauptet G ö n n e r, daß durch eine kleine Abstraktion jedes falsche Urtheil als ein Verstofs gegen klare Gesetze könne betrachtet werden. So konsequent sich diese Eintheilung dem ersten Anblicke darstellt, so sehr fehlt ihr aller logische Grund *u*), denn aufrecht bleibt

s) Cap. 7, 10 et 11. X. de sent. et re judic. (II, 27).

t) Siehe oben den §. 9. und Almendingen pag. 347.

u) Schon Oldendorp fühlte die Unrichtigkeit dieser Eintheilung und erklärt sich mit Heftigkeit dagegen: er sagt in Classe 7 act. 13 de actione male judicati: „Abeat „author istius distinctionis in malam crucem; quid enim „differunt jus partis et jus scriptum in judice calumnio- „so? Nonne totum jus gratia partium et hominum scrip- „tum

bleibt immer G ö n n e r s Satz , daß die einzige Pflicht des Richters sey , das Recht der Partheyen , das jus in hypothesi , zu bestimmen. Weber scheint blos durch falsch angewendete Stellen des Röm. Rechts verblindet worden zu seyn , und dadurch verleitet glaubt er selbst in der Natur der Sache diesen Unterschied begründet zu sehen. Allein selbst das Röm. Recht dachte an nichts weniger , als an den von den neuern Rechtslehrern in solcher Art aufgestellten Unterschied. In den oben angeführten 3 Stellen v) spricht es blos , wie ich dort schon bemerkte , von einem Judex pedaneus , es erklärt das Urtheil blos darum als nichtig , weil dieser judex , der nie über Rechtssätze sondern allzeit nur über Thatfragen zu erkennen hatte , durch die Aufstellung eines falschen Rechtssatzes die Grenzen seiner Macht überschritt , und dadurch incompetent wurde. Von der falschen Aufstellung eines Rechtssatzes von Seite des Prätors ist nie die Rede , nie wird ein darauf gegründetes Urtheil als nichtig ausgesprochen , und offenbar war es bloße Folge der Incompetenz , wenn das auf pflichtwidrige Anmaßung des judex pedaneus ge-

D 2

grün-

„tum est ? Dabisne ullam legem orbis Romani , quae
 „alio pertineat , quam ad jus partis ? Deus bone ! quam
 „crassus est error , quem tamen Legulejorum schola
 „magno tradit encomio , simpliciter nihil distinguens ?
 „Si enim judex causam partis gravat injuste , non po-
 „test simul etiam non videre jus , quod de tali causa
 „scriptum est , laesisse.“

v) Siehe die Note d) zum §. 7. mit der dort gemachten Bemerkung.

gründete Urtheil nicht rechtskräftig wurde. Das Amt, die Geschäfte des *judex pedaneus* haben bey uns vollkommen aufgehört, also fallen nothwendig die bloß auf ihn bezogenen Verordnungen weg. Das Amt unserer Richter begreift auch die Verrichtungen des Prätors; auf diesen bezogen sich die angeführten Gesetze nicht; wer wird sie also auf die ganz verschiedene Organisation unserer Gerichte übertragen? Doch — würde Natur der Sache, würde selbst Römisches Recht für die Existenz der Nullitäten bey Urtheilen gegen klare Gesetze sprechen; so hätte doch der *j. R. A.* alles mit einem Male aufgehoben; er derogirte allen frühern Gesetzen, er bindet alle *x)* Nullitäten, bloß mit den im §. 122. desselben bemerkten Ausnahmen, an die Appellationsfrist, und aus dieser Rücksicht ist auch die von Gönner im §. 38. gegen Weber zugegebene Ausnahme *y)* bey Urtheilen gegen klare Gesetze, als keine Ausnahme zu betrachten, sondern gleichfalls der Appellationsfrist unterzuordnen.

Den übrigen Einwendungen Webers und Almendingens gegen die Gönnerische Theorie kann man allerdings den Beyfall nicht versagen, denn

1) da auch die sogenannten heilbaren Nullitäten wie die Appellation an die 10tägige Frist gebunden

x) Wie theils aus den Worten des *j. R. A.* erhellt, theils noch weiter unten ausführlicher wird gezeigt werden.

y) Er giebt nämlich eine Nullität aus einem Urtheile gegen klare Gesetze nur dann zu, wenn ein Richter in der vom Röm. Rechte deutlich vorgezeichneten Form eine dem Gesetze widersprechende *thesis expressim et specialiter* ausspricht.

bunden sind, und bey diesen, wie bey der Appellation, Verzicht das Princip seyn sollte, so würde aller Unterschied zwischen beyden aufgehoben seyn.

2) Mit Unrecht glaubt G ö n n e r, dafs es bey dem Unterschiede der heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten darauf ankomme, dafs auf ein Recht verzichtet werden könne, oder nicht. — Im Civilrechte kann überall verzichtet werden; kann denn z. B. die Parthey den verdächtigen Richter nicht anerkennen? Kann sie nicht auch den commissori-schen Vertrag doch gelten lassen; wenn sie z. B. dem Rechtsstreite entsagt, und sich vergleicht?

3) G ö n n e r s Princip und Classificationsfundament sind miteinander im Widerspruche, denn ersteres spricht vom Verzichte; nach seiner Meynung gab der j. R. A. erschöpfende Bestimmungen, und blofs positives Gesetz ist die Norm der Beurtheilung der Nullitäten. Dieses aber nicht achtend, fängt er an, Nullitäten aus den Folgen des j. R. A. aufzuzählen, und dann springt er auf einmal auf Nullitäten über, die den Charakter der Unheilbarkeit durch specielle, positive Verordnungen erhielten. Warum bleibt er nicht bey dem Verzichte stehen; warum handelt er so auffallend seiner einzig festgesetzten, im Geiste des j. R. A. aufgefundenen Norm zuwider? Zwar sagt er, positive Gesetze hätten darauf den Verzicht auch ausgedehnt, allein wer berechtigt ihn, diesen Gesichtspunkt auch bey den Römischen Gesetzgebern vorauszusetzen, und Bestimmungen Römischer, positiver Gesetze gelten zu lassen, da doch der j. R. A. so deutlich das Röm. Recht, und alle positiven Nichtigkeiten aufhob? Wie stimmt die
Annah-

Annahme dieser Nullitäten endlich mit der gepriesenen Vollständigkeit des Reichsabschieds überein?

4) Ueberdies wird sich vielleicht in Zukunft an sich zeigen lassen, daß der j. R. A. gar keinen Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nullitäten herbeyführen wollte, und diese irrige Annahme bloß aus zu wörtlicher Auffassung dieses Reichsgesetzes entstand, daß daher das ganze Bemühen Gönners, einen Erkennungsgrund für unheilbare Nichtigkeiten festzusetzen, zwecklos sey.

§. 23.

Das Mangelhafte der Gönnerischen Theorie ist Almendingens Scharfblick, wie ich schon oben zeigte, nicht entgangen; er suchte daher auf einem ganz andern Wege den obersten Erkenntnißgrund von Nullitäten zu construiren, er hält sich bloß an die Vorschriften der theoretischen Vernunft, und glaubt, durch die Darstellung ihrer unabänderlichen Gesetze den Streit am schnellsten und auf einmal zu beenden.

Er geht davon aus, daß eigentlich der Begriff von juristischen Nichtigkeiten nicht durch Gesetze, sondern bloß durch die Natur der Sache bestimmt werden müsse.

Auf dieses gestützt, raisonnirt er: Jede menschliche Handlung muß Zweck und Wirkung haben: wenn nun ihr Inhalt mit dem Zwecke des Handelnden durchaus in keinem möglichen Causalzusammenhange steht, dann ist der Zweck unerreichbar, die Handlung ist n i c h t i g. Nichtigkeit entsteht daher

a)

a) aus dem Mangel der nothwendigen Kräfte, oder
b) dem Mangel ihrer nothwendigen Gattung. — Eben
so in der Jurisprudenz; wenn die Unmöglichkeit
des Zusammenhangs der Handlung mit ihrer Wirkung,
welche erzwengt war, am Tage liegt, so ist sie
nichtig; und solch eine Handlung ist natür-
lich, absolut nichtig, von welcher kein positi-
ves Gesetz das Gegentheil verordnen kann. Davon
verschieden sind positive Nullitäten. Es liegt
nämlich dem Staate daran, die Existenz rechtlicher
Verhältnisse als die Folge bestimmter, natürlich
gültiger Handlungen zu verhindern, z. B. wucher-
liche Verträge; oder er bindet die intendirte Wir-
kung an gewisse Formen, so, daß die Wirkung
nicht eintreten soll, wenn diese Form fehlt, z. B.
Veräußerung von Grundstücken ohne gerichtliche
Anzeige etc. So entstünden positive Nullitäten,
die blos zufällig sind, und sich von den natürli-
chen wesentlich in ihrem Objekte und Grunde, aber
nicht in den Folgen unterscheiden.

Dies wendet er nun auf den Prozeß an; er
sieht in der Instruktion den Mittelzweck, in der
Sentenz den letzten Zweck des prozessualischen Ver-
fahrens. Stünde der Inhalt der ganzen Handlung in
keinem möglichen Zusammenhange mit ihrem letz-
ten Zwecke, so wäre der Prozeß nichtig. — Hier
findet er nun wesentlich:

1) daß zwischen einem bestimmten Kläger und
bestimmten Beklagten entschieden werde.

2)

2) Dafs das Urtheil das Objekt des Streites, aber auch nichts weiter, als dieß, entscheide z).

3) Dafs das Urtheil von einem bestellten, fähigen Richter gefällt sey.

4) Dafs dem Urtheile ein gültiges Verfahren vorausgieng.

Wäre eines dieser Stücke verabsäumt, so entstünde dann eine natürliche Nichtigkeit, sie mag durch positive Gesetze verordnet seyn, oder nicht. Ob die Gesetze auch noch positive Nichtigkeiten einführen, ist schwerer zu erkennen.

Nun führt Almendingen die Bestimmungen des Römischen und Kanonischen Rechts, sowohl über natürliche, als positive Nichtigkeiten an, und geht endlich zur Erklärung der Reichsgesetzgebung über.

Er geht hier von dem Gesichtspunkte aus, dafs die Reichsgerichte eigentlich ein doppeltes Amt gehabt hätten:

1) Sie hätten als Gerichte die letzte Instanz gebildet, und

2)

2) Obwohl Gönner und Grolmann läugnen, dafs aus der Vernachlässigung dieses Punktes eine unheilbare Nullität entspringe, so glaubt es doch Almendingen desswegen behaupten zu müssen, weil die Vernunft fordert, dafs die Sache entschieden werde; betrifft aber das Urtheil ein anderes Objekt, so ist sie nicht entschieden, also wurde nichts gehandelt. — Wäre Almendingens Hauptgesichtspunkt der richtige, so könnte ich nicht umhin, diesem Raisonnement allen möglichen Beyfall zu geben! —

2) dann die besondere Obergerichts- über die Territorialjustiz gehabt.

In der ersten Hinsicht wäre man auf dem Wege der Appellation zu ihnen gekommen; in der zweyten auf dem Wege der Beschwerde, und so wäre ein eigenes *remedium quaerelae nullitatis* als Beschwerde ausgebildet worden, wobey die Reichsgerichte eigentlich nur die Obergerichts- hatten. Erst allmählich dehnte man das Römische Recht auf das Reichsrecht aus, führte damit alle Römischen Nullitäten in Deutschland ein, und vermengte so unglücklicher Weise die vorher bloß für Deutschlands Gerichte individuelle Nichtigkeitsbeschwerde mit der Römischen Nullitätsquerel. Der jüngste Reichs-Abschied habe sich endlich erklärt, und erschöpfende, aber wenig verstandene, Bestimmungen gegeben; sein Sinn wäre kein anderer, als: alle natürlichen Nichtigkeiten ohne Ausnahme berechtigen zur Nullitätsquerel; alle positiven aber gehören zu denen auf dem Wege der Appellation zu verfolgenden Nullitäten: er müsse daher aus dem ihm vorangegangenen Reichsschlusse vom 3ten May erklärt werden, denn bloß die Worte seyen zwischen beyden verschieden, nicht aber der Sinn, denn nach Ansicht der Verfasser dieser Reichsgesetze hätte es keine andern natürlichen Nichtigkeiten gegeben, als die *nullitates ex defectu iudicis, vel partium, vel substantialium processus*.

Almendingen glaubt daher, daß sein Causalitätsprincip durch das Römische Recht eine stillschweigende, durch das Deutsche Recht aber eine ausdrückliche Sanktion erhalten habe.

§. 24.

So konsequent immerhin die Darstellung dieses würdigen Gelehrten vom Gesichtspunkte der Vernunft aus betrachtet, ist, so wenig kann ich mich doch von der Richtigkeit seiner Ansicht eben wegen der Verkehrtheit seines Gesichtspunktes überzeugen; denn

1) glaube ich schon oben *a)* evident gezeigt zu haben, daß bey Beurtheilung der Nichtigkeitsbeschwerde keineswegs von dem Standpunkte der Philosophie, also nicht von der Natur der Sache, sondern bloß von den Bestimmungen positiver Gesetze ausgegangen werden müsse, und es würde vergebliche Mühe seyn, alles Gesagte zu wiederholen. Unbestimmtheit der Vernunftansichten in diesem Fache, Verwirrung der Gränzen zwischen nichtigen und beschwerenden Erkenntnissen etc. sind die Bürgen meiner Meynung.

2) Ueberdies läßt sich nie behaupten, daß alle natürlichen Nullitäten auch unheilbar seyen, was doch Almendingen unbedingt in dem Satze ausspricht: *quod ab initio non valet, tractu temporis non convalescit.* Mag diese Behauptung mit seinem Causalitätsprincip immer in strengster Consequenz stehen, so bleibt doch nach Vernunft und positivem Gesetze eben so richtig, daß z. B. ursprünglich nichtige Handlungen des nicht legitimirten Anwalts, Ladungen des nicht kompetenten Richters, etc. sehr wohl z. B. durch Genehmigung

a) im §. 6.

gung des Principals oder stillschweigende Prorogation können geheilt werden. — Obwohl also dieß natürliche Nichtigkeiten sind, so sind sie doch allerdings heilbar.

3) Der ganze Unterschied zwischen natürlichen und positiven Nullitäten widerspricht dem Geiste und den Worten des j. R. A.; den Worten, weil nichts davon im Recesse steht, und man das Gesetz nehmen muß, wie es verkündet wurde, nicht, wie es im Willen der Gesetzgeber lag; dem Geiste, weil er eben die vielen Unterschiede der Nullitäten ganz aufheben wollte, wie der folgende §. deutlicher zeigen wird.

4) Doch — zugegeben, daß der j. R. A. einen neuen Unterschied aufstellen wollte, zugegeben, daß die Worte des 122. §.: Nullitäten „welche in „sanabilem defectum — nach sich führen“ in jene des Reichsschlusses „wider das jus naturale laufend“ umgewandelt werden dürfen; so folgt doch noch nicht, daß durch die nullitates contra jus naturale bloß jene verstanden wurden, welche nach Almendingens Causalitätsprincip natürlich nichtig sind. Da zu den Zeiten des j. R. A. das Naturrecht in den Augen der damals lebenden Gelehrten viel weitumfassender war, und meistens auch Moral und Billigkeit ganz in sich verwebt darstellte; so kann man wohl, um konsequent zu seyn, nichts anders vermuthen, als, daß die Verfasser des Reichsschlusses bey ihren Ausdrücken und Begriffen den damaligen, nicht den jetzigen Zustand der Wissenschaft vor Augen hatten.

5) Nebst dieser letzten Bemerkung scheint Al-
mendingens Recensenten *b)* in den Heidel-
bergischen Jahrbüchern auch bey gänzlicher
Annahme seiner Theorie noch manches sehr schwan-
kend zu bleiben; z. B. ob eine Nullität wegen zu
weit getriebenen Official-Verfahrens eines
Gerichts eine positive oder natürliche zu nennen
sey?

§. 25.

Nach meinen individuellen Ansichten scheinen
mir die Meisten der bisherigen Prozeßlehrer zu
sehr dem Buchstaben des Gesetzes gefolgt, und
nicht in den wahren Geist der Gesetzgeber einge-
drungen zu seyn. Sie sahen das Wort „*insanabilem*“,
„*defectum*“; blieben dabey stehen, stellten diese
Nullitäten den andern an die Appellationsfrist ge-
bundenen entgegen, und fanden so den, nach ih-
rer Meynung im Geiste und den Worten des jüngsten
Reichs - Abschieds gegründeten, Unterschied zwi-
schen heilbaren und unheilbaren Nullitäten, und die
Sanktionirung dieser zwey sich entgegengesetzten Gat-
tungen von Nichtigkeiten.

Allein mir scheinen alle diese Distinktionen
vollkommen unnütz, der Absicht der
Gesetzgeber zuwider, und selbst in den
Worten des Gesetzes nicht einmal enthalten zu seyn.
Der jüngste Reichsabschied hatte
gar

b) Heidelbergische Jahrbücher der Litteratur für Juris-
prudenz und Staatswissenschaften, II. Jahrg. Heft 7,
S. 320.

gar nie die Absicht, zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten zu unterscheiden c). — Bedenkt man die Menge der Prozesse, die unter dem Vorwande der Nullität an die Reichsgerichte giengen, und den Unfug der Advokaten, dem kein Palliativmittel zu steuern vermögend war; erwägt man, daß die Mißbräuche zu schreyend waren, daß man ihnen nun mit vollem Ernste abhelfen wollte, daß man die Distinktionen inter sententiam injustam et nullam, dann die andere inter sententiam juris naturalis et juris positivi aufhob; so wird wohl doch Niemand annehmen können, daß die Verfasser des j. R. A. wieder einen neuen Unterschied aufstellen wollten, bey welchem doch die alte Streitfrage, nur unter veränderten Worten, fortgedauert hätte, wie wir nun wirklich das traurige Beyspiel an jenen selbst haben, die diesem Unterschiede beypflichten, indem der Eine hartnäckig das für heilbare Nullität proklamirt, was der Andere durch alle Gründe der Vernunft in die Klasse der unheilbaren hinüberzuziehen sich bemüht d).

Dazu kömmt noch, daß der §. 121. des j. R. A. so deutlich das Fatale von 10 Tagen bey allen Nullitäten vorschreibt, und also auch in Worten keineswegs 2 Gattungen aufstellt, denn nirgends spricht

c) vergl. Bornemann a. a. O. §. 8. u. ff.

d) Wie dieß aus den oft geradezu sich widersprechenden, angeführten Theorieen Pütters, Schnauberts, Kopps, Gönners, Almendingens, u. a. erhellt.

spricht er ja von unheilbaren, noch weit weniger von heilbaren Nullitäten. Beruft man sich auf die Worte: „*insanabilem defectum*“, so berechnen diese eben so wenig, zweyerley Gattungen von Nullitäten anzunehmen, denn in ihnen liegt weder eine eigne Theorie, noch ein eigener Unterschied: bloß Früchte einer unseligen Auslegungssucht waren es, wodurch man in diesen Worten eine Abtheilung der Nullitäten zu finden glaubte; man übersezte *insanabilem defectum* schlechtweg für unheilbare Nichtigkeit; nun war man einig, daß der §. 121. des j. R. A. den Gegensatz des §. 122. bilde, heilbar war desgleichen dem unheilbaren entgegengesetzt, also mußten die im §. 121. im Allgemeinen der Appellationsfrist unterworfenen Nullitäten heilbare heißen. Die Inconsequenz einer solchen Schlussfolge fällt deutlich in die Augen! *e)* — Der wahre Sinn der Verordnung des j. R. A. ist hingegen folgender: Er wollte allgemein die Regel aufstellen,

e) vergl. Bornemann a. a. O. §. 10. Diese schon oben angerühmte kleine Schrift bekam ich erst in meine Hände als ich diese Dissertation schon ganz ausgearbeitet hatte. Desto mehr Vergnügen mußte es mir verursachen, als ich fand, daß meine Ansichten fast vollkommen mit jenen Bornemanns übereinstimmen, da mir doch vorher die Seinigen ganz unbekannt waren. — Auch Klein a. a. O. S. 285 und 291 behauptet geradezu, daß weder das Römische und Kanonische noch das Deutsche Recht im j. R. A. den Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nullitäten kannte, sondern daß er eine von den Gesetzen nie gebilligte Erfindung der Praktiker des 15ten Jahrhunderts sey.

stellen, daß alle Nullitäten in der Zeit von 10 Tagen angebracht werden sollten; nur einige ungewöhnliche Fälle hob er vorzüglich heraus, bey denen es ihm zn bedeutend schien, daß ein Mangel an ihnen durch 10tägiges Schweigen in Rechtskraft erwachsen sollte, und nur dabey wollte er auf die Verordnungen des Römischen Rechts verweisen. So schienen ihm einer Auszeichnung nöthig: die defectus in persona iudicis, partium und in substantialibus processus.

Mag man diese Ausnahmen von der allgemeinen Regel der Nullitäten zu ihrer Unterscheidung immerhin unheilbar, und die andern heilbare nennen; so sey dieß Jedem gestattet; an bloßen Worten liegt nichts; nur verstehe man unter dieser Benennung nicht die bisher irrig gewähnten zweyerley sich entgegengesetzten Gattungen von Nichtigkeiten, die von zwey verschiedenen Gesichtspunkten aus konstruirt werden müssen! Man betrachte die heilbaren Nullitäten als die allgemeine Regel, die unheilbaren aber nur als eine nicht auszudehnende Ausnahme der erstern; dann steht weder Vernunft, noch Gesetz dieser Benennung entgegen!

§. 26.

Das Wort insanabilis darf weder aus der Unveräußerlichkeit des verletzten Rechts, noch aus dem verletzten, nicht herzustellenden Causalitätsnexus erklärt werden; es muß ganz anders — historisch — interpretirt werden. In der Kammergerichts - Ordnung von 1555 Theil III, tit. 34 §. 2. und im Concepte von 1613 Thl. III. tit. 40 heißt es:

es: „es wäre denn, daß sich aus den actis der „ersten Instanz eine öffentliche Nullität befünde, welche in anderer Instanz nicht ratificirt werden möchte, alsdenn sollen C. R. „u. B. auch vor der Kriegsbefestigung und ex officio „darüber endlich zu sprechen und zu erkennen Gewalt und Macht haben.“

Bey diesem Sinne muß man stehen bleiben; in dieser Verordnung lag schon der ganze Grund der im j. R. A. enthaltenen Bestimmung, allein die Sprache der K. G. O. war zu unbestimmt, zu allgemein; sie würde ohne nähere Erklärung die Menge der Streitigkeiten nur vermehrt haben. Es war eine ausdrückliche Bestimmung und Aufzählung der unter dieser Ausnahme enthaltenen Fälle vonnöthen, wenn nicht alles sollte unnütz seyn; allein der Erkenntnißgrund davon war schon gegeben. Es giebt nämlich Nullitäten, welche auch in oberer Instanz nicht ratificirt, oder nicht gehoben werden können, weil sie aus Vernachlässigung jener Punkte entstehen, welche die einzigen Bedingungen des Processes waren, und worauf das ganze prozessualische Verfahren wie auf seinen Grundfesten ruhte. Schon die Billigkeit fordert es, daß ein solches Verfahren, dem es an seinen Hauptbedingungen fehlt, nicht gültig werde. Der j. R. A. raisonnirte darauf: Appellation und neues Urtheil würden nichts helfen, sie würden vollkommen ohne alle Kraft und Wirkung seyn, weil in den gerichtlichen Verhandlungen, oder schon in der ersten Instanz, schon am Anfange des Streits ein Grundmangel vorhanden war, der die Fällung jedes Urtheils unmöglich machte.

Es

Es bedarf da eines durchaus neuen Verfahrens, und alles Vergangene ist, als wenn es nie existirt hätte: dieß ist der Gesichtspunkt der Gesetze, und eben darum lassen sie bey solchen Mängeln keine Appellation eintreten, denn sie hat immer das alte Streitobjekt im Auge, und baut wenigstens auf dem in der ersten Instanz zum Grunde gelegten Verfahren fort.

Dergleichen Grundmängel fand der j. R. A. nun:

1) in der Person des Richters, wenn er unfähig war, z. B. in eigener Sache richtete, gar keine Jurisdiktion hatte, wenn er bestochen war etc. wenn dem Gerichte die gesetzmäßige Bestellung und Verfassung fehlte. Mit Recht zählt G ö n n e r f) auch die unterlassene Aktenversendung hieher, in Fällen, wo sie ehemals nicht versagt werden konnte; doch glaube ich, daß dieser Punkt eben so gut unter den Fall der versagten Rechtshülfe gebracht werden kann.

2) In der Person der streitenden Theile, wenn die Partheyen oder Anwälte unfähig sind, vor Gericht zu handeln, z. B. wenn eine ganz andere Parthey, wenn ein unrechter Kläger da war, wenn die Anwälte nicht zum Prozesse legitimirt waren. Doch kann der Mangel durch Genehmigung des dabey interessirten Theils gehoben werden, sie mag ausdrücklich oder stillschweigend dadurch erfolgen, daß eine Parthey nach erlangter Fähigkeit in der Sache forthandelt, ohne die wäh-
rend

f) 64te Abhandl. §. 15.

rend ihrer oder ihres Anwalts Unfähigkeit unternommenen Handlungen anzufechten.

3) Fand auch der j. R. A. einen solchen Mangel in der Verabsäumung der wesentlichen Stücke des Prozesses, d. h. jener Theile des prozessualischen Verfahrens, ohne welche kein Urtheil erfolgen kann, z. B. es fehlte an der Klage, oder der Beklagte wurde nicht zur Vertheidigung gelassen etc. Es ist klar, daß hier nicht von den wesentlichen Bestandtheilen des Urtheils, z. B. der Deutlichkeit, der Vollständigkeit desselben die Rede seyn könne, sondern bloß von den wesentlichen Bestandtheilen des Verfahrens, welche die Aufklärung des Streitobjekts — die einzige Bedingung des Urtheils — zum Gegenstande haben. Mängel an den Substantialien des Urtheils sind, wo nicht unmittelbare, doch mittelbare Fehler der richterlichen Reflexion; Mängel im Verfahren hingegen Fehler der Unwissenheit, oder Bosheit des Richters, welche die ganze Möglichkeit aller Reflexion mittel- oder unmittelbar aufheben, also dem Streite eine vollkommen veränderte Seite geben. — Nicht alles, was das positive Gesetz unter Strafe der Nullität vorschreibt, gehört zu den Substantialien des Prozesses, wie Pütter g) irrig behauptet; denn der j. R. A. bindet ja deutlich die nullitates ex formalitate et subtilitate processus an das Appellationsfatale, und das Fürstenrathsconclusum unterscheidet zwischen nullitatibus juris positivi et naturalis, und läßt nur bey diesen die 30jährige Verjährungszeit eintreten h). — Da Gesetze so deut-

g) Pütter l. c. §. 28.

h) Siehe oben §. 12.

deutlich sprechen, kann wohl kein Zweifel mehr übrig seyn, aus welchen Quellen sie die Bestimmung der wesentlichen Stücke des Prozesses abgeleitet wissen wollten, denn wie könnten sie sonst alle nullitates juris positivi, oder die ex formalitate processus resultantes dem Appellationstermine unterwerfen, und dennoch einen Theil davon diesem Termine wieder dadurch entziehen, daß sie auch die Substantialien für positiven Ursprungs halten! — Abgesehen von dieser Verordnung müssen wesentliche Bestandtheile eines Dinges immer aus der Natur der Sache, nicht aus willkürlichen Bestimmungen der Menschen, die entweder bloß in ihrer Willkür, oder in besondern Umständen, oder in lokalen Verhältnissen ihren Grund haben, abgeleitet werden. Diese sind immer zufällig, und können keine feste, bleibende, allgemeine Norm abgeben, obwohl G ö n n e r *i)* zu zeigen sich bemüht, daß auch positive Gesetze wesentliche Bestandtheile des Prozesses festsetzen können, weil auch sie Quellen desselben sind. Allein zum Charakter der Wesentlichkeit eines Bestandtheiles gehört offenbar, daß er bey jeder Modifikation des Geschäftes vorhanden sey, und daß seine Abwesenheit in jedem Falle, so lange der nämliche Zweck bleibt, vollkommene Ungültigkeit hervorbringe: nun ändern sich aber diese positiv wesentlichen Bestandtheile sehr oft ab, je nachdem die Prozefsart modificirt wird; bey manchem summarischen Prozesse fallen sie so-

E 2

gar

i) in der 27ten Abhandl. des II. Bandes seines Handbuchs des Prozesses.

gar ganz heraus. Wie verdienen sie also den Namen des Wesentlichen? Selbst Gönner unterscheidet zwischen absolut und bedingt wesentlichen Stücken, und nimmt unter jene sorgfältig nur die aus der Natur der Sache entspringenden Bestandtheile auf. Nun ist es aber mehr als wahrscheinlich, selbst ganz gewiß, daß die Verfasser des j. R. A. bey der konstituirten Ausnahme einiger Nullitäten von der Appellationsfrist nichts anders im Auge hatten, als daß diese Stücke die einzigen Bedingungen des gerichtlichen Verfahrens sind, ohne welche gar keine Entscheidung bestehen kann, und daher eine Begünstigung verdienten. Nach allen Rücksichten sahen sie bloß auf die Natur der Sache, warum sollen sie nun auf einmal gegen den Geist und die Worte ihrer Gesetze wieder positive Nullitäten unter die Ausnahme gebracht haben, um nur neue Gelegenheit des Streits darzubieten, ob eine positive Nullität den Charakter der Wesentlichkeit an sich trüge, oder nicht! Bey Gönners Beyspiel der Appellationsfatalien *k*) ist allerdings richtig, daß ein Verfahren in höherer Instanz nach Verabsäumung der Fatalien nichtig sey; allein ob die Nichtigkeit auch von der Art sey, daß sie noch 30 Jahre lang vorgebracht werden kann, — mit andern Worten — ob es unheilbar nichtig sey, ist eine zweyte Frage, die schwerlich möchte bejaht werden können!

§. 27.

Da die Bestimmung des §. 122. des jüngsten R. A. bloße Ausnahme von der Regel ist, und alle Aus-

k) Siehe dessen bemerkte 27te Abhandl.

Ausnahmen sehr strenge interpretirt werden müssen, wenn nicht die Ausnahmen die Regel selbst vernichten, und alle alten Mängel herbeyführen sollen; so folgt daraus, daß außer den bemerkten Nullitäten *ex defectu judicis, partium, et substantialium processus* keine einzige andere Nullität mehr innerhalb 30 Jahren angefochten werden könne; sondern alle, sie mögen aus der Natur der Sache, oder aus bloßen Förmlichkeiten entspringen, ohne Ausnahme an die Appellationsfrist gebunden seyen ¹⁾. Urtheile gegen klare Gesetze, *ex falsa causa, sententia contra sententiam*, undeutliche oder unmögliche Entscheidungen, u. s. w. können also nur durch die Anbringung binnen der Appellationsfrist geheilt werden, weil sie nicht unter der Ausnahme des §. 122. begriffen sind.

Die Worte des Reichsschlusses, „daß zwischen „*nullitatibus juris positivi* und *juris naturalis* „ein Unterschied gemacht werden solle,“ stehen meiner Meynung nicht entgegen, denn:

1) wie ich schon oben bemerkte, muß man sich an das Gesetz halten, wie es verkündet wurde, nicht, wie es im Sinne des Gesetzgebers lag. Wollte man jede der Promulgation des Gesetzes vorhergehende Verhandlung als Gesetz annehmen, wie viele

1) Vergl. Schnaubert a. a. O. §. 19, 20. und Bornemann a. a. O. §. 15. — Derselben Meynung ist auch Thibaut in seinem System des Pandekten-Rechts, Band III, §. 1253. nro. 3, indem er sagt: „daß die in „der Entscheidung selbst nach älterm Rechte liegende „Nichtigkeit niemals als eine unheilbare angesehen „werden kann.“

le widersprechende Verordnungen würden da entstehen? Zeigen nicht selbst die oben angeführten Verhandlungen über diese einzige Stelle des j. R. A., wie mistrauisch die Gesetzgeber auf ihre eigenen Verordnungen waren, wie oft sie dieselben abänderten, und wie widersprechend oft die zu verschiedenen Zeiten gegebenen Bestimmungen waren? Nothwendig muß man daher jene Worte und jenen Sinn des Gesetzes als die einzig gültigen annehmen, in welche es bey seiner Promulgation eingekleidet war; um so mehr, wenn es so deutlich und so speciell wie hier der j. R. A. spricht!

2) Kann bey Verfassung des j. R. A. kein Irrthum eingeschlichen seyn, wie Schnaubert *m)* hinlänglich beweist, auf den ich verweise.

3) Scheinen die Worte des Reichsschlusses meine Meynung vielmehr zu bestätigen, als sie zu vernichten; denn zu damaligen Zeiten waren die Gränzen des Naturrechts noch äußerst unbestimmt, es enthielt größtentheils Gesetze der Moral und der Billigkeit: scheinen also nicht die Verfasser des Reichsschlusses bey den nullitatibus juris naturalis (im Gegensatze des juris positivi) vielmehr an die Forderung der Billigkeit gedacht zu haben, welcher es schnurgerade widerspricht, einem so auffallend Verletzten nach bloßem 10tägigen Stillschweigen alle Mittel sein Recht zu verfolgen zu benehmen? — In völliger Uebereinstimmung damit ist das von mir befolgte Prinzip, gemäß welchem ich aus den Forderungen

m) a. a. O. §. 13.

derungen der Billigkeit die Ausnahme des j. R. A. bey den angeführten Nullitäten zu begründen suchte.

Dafs das Römische Recht mehrere Nullitäten annahm, thut gar nichts zur Sache. Durch die Aufhebung des Unterschiedes zwischen ungerechten und nichtigen Urtheilen im j. R. A. wurden auch alle Bestimmungen des Römischen und Kanonischen Rechts auf einmal derogirt, und die im §. 122. des Recesses konstituirte Ausnahme ist als ein ganz neues Gesetz zu betrachten.

Aus diesem folgt, dafs, von meinem Gesichtspunkte aus betrachtet, Pütters, Gönners, und Almendingens Meynungen unrichtig, und alle aus dem Inhalte des Urtheiles entspringenden Nichtigkeiten an die 10tägige Appellationsfrist gebunden seyen. Subsummirt ein Richter unter ein falsches Gesetz, ist sein Urtheil auf falsche Beweismittel gegründet, widerspricht es einem andern rechtskräftigen Urtheile, u. s. w., so bin ich defswegen keineswegs alles Schutzes beraubt, es steht mir immer die Appellation zu Gebote, durch sie kann ich mein Recht verfolgen, und die Beschwerde heben lassen. Ein solcher Mangel im Urtheile bleibt immer ein Fehler richterlicher Reflexion, und der geeignete Weg gegen Fehler der richterlichen Reflexion Schutz zu suchen ist immerhin jener der Appellation.

Eine einzige im jüngsten Reichsabschiede nicht bemerkte Ausnahme von der 10tägigen Appellationsfrist findet bey dem Falle eines Rechnungsfehlers Statt. Schon Gönner *n*) bemerkte, dafs die Verbesserung-

n) a. a. O. §. 34.

besserung eines solchen Irrthums mit der Nichtigkeitsklage nichts, als den Zeitraum gemein habe, innerhalb welchem er verlangt werden kann. Er kann also keineswegs unter die allgemeine Regel des j. R. A. gebracht werden, da er von einem ganz andern Gesichtspunkte muß betrachtet werden, und es bleibt bey ihm die Bestimmung des Römischen Rechts o) aufrecht stehen. Er ist ganz etwas Zufälliges, und so wenig der Gegenstand einer richterlichen Reflexion, als eines gerichtlichen Verfahrens was immer für einer Art überhaupt. Er ist bloß Sache der Rechnungsverständigen, und mit Recht vergleicht Almendingen p) einen Richter, der über das Daseyn oder Nichtdaseyn eines Rechnungsfehlers nach vorgängiger Verhandlung erkennt, mit einem Richter, welcher über die Frage handeln läßt; ob der Sirius zu den Fix- oder Wandel-Sternen gehöre, ob die Erde sich um ihre eigne Achse, oder um die Sonne drehe, u. s. w.

§. 28.

Bisher sahen wir, von welchen Gesichtspunkten das gemeine und Deutsche Recht bey Beurtheilung der Nichtigkeitsbeschwerde ausgiengen, und in welchen Fällen sie dieses in jeder Hinsicht so außerordentliche Rechtsmittel Statt finden ließen.

Nun

o) L. 1. §. 1. D. quae sent. sine appell. resc. (XLIX, 8) und L. un. Cod. de errore calculi. (II, 5-) — Man sehe auch oben §. 7. nro. 12 et not. e).

p) a. a. O. pag. 287 in der Note.

Nun will ich es versuchen, auch die Gesichtspunkte und die Fälle aufzuzählen, in welchen die berühmtesten Gesetzgebungen neuerer Zeiten die Nullitätsquerel eintreten lassen, um zu sehen, in wie ferne sie mit den Ansichten des Römischen Rechts, und den Bestimmungen unserer vaterländischen Gesetze übereinstimmen, und zu erfahren, welche dieser Legislationen der Wahrheit und den Forderungen der Vernunft, die doch auch bey jeder positiven Bestimmung vorherrschen müssen, am Nächsten kam, oder sie vielleicht völlig erschöpfte.

§. 29.

Baierisches Recht.

Der Baierische Judiciar - Codex hat diese Lehre sehr kurz aufgefaßt. Er ist der Praxis gefolgt, und unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nullitäten, diesen steht ein Zeitraum von 30 Jahren offen, jene hingegen müssen auf dem Appellations - oder Restitutionsweg verfolgt werden. Allein die Bestimmung des jüngsten Reichs - Abschieds gefiel nicht, durch ihre Misverständniß both sie den Streitigkeiten ein zu weites Feld dar. Dieß hatte der Baierische Gesetzgeber im Auge, er wollte diesen Misbrauch in seinen Staaten auf einmal abschneiden, und hob nur zwey Fälle heraus, ohne welche ein gerichtliches Verfahren gar nicht denkbar ist, und nur bey diesen ließ er die Wirkungen der unheilbaren Nichtigkeitssklage des gemeinen Rechts eintreten.

Sie

Sie sind der Mangel der Citation und der Jurisdiction *q)*. Nur wegen ihrer ist die Sentenz unheilbar nichtig. Alle, aus übrigen Mängeln herührenden Nullitäten müssen nach dem Ausspruch des Gesetzbuches *r)* durch die Appellation oder nach Gestalt der Dinge durch die Restitution gehoben werden. Hiedurch ist nun die Nullitätsquerel sehr eingeschränkt, eine Menge dringender Fälle sind davon ausgeschlossen, von denen Natur der Sache und auffallendste Billigkeit fordern, daß sie nicht durch ein kurzes Stillschweigen von 60 Tagen unwiederbringlich sollen verfallen seyn. Z. B. wenn es an der Klage oder am Beweise überhaupt fehlte.

Doch scheint das Wort „Mangel an Citation“ nicht so buchstäblich genommen werden zu müssen, und dadurch kommen doch noch mehrere Fälle in die Classe der unheilbaren Nullitäten, aber nur jene, bey denen dieß die Billigkeit am Allerauffallendsten fordert. Der Gesichtspunkt, welcher den Baierischen Gesetzgeber bewog, aus dem Mangel der Citation eine unheilbare Nichtigkeit entspringen zu lassen, mag wohl kein anderer gewesen seyn, als, weil durch unterlassene Vorladung der Parthey alle Möglichkeit benommen wird, ihr Recht zu vertheidigen, und sich gegen die Ansprüche ihres Gegners zu schützen. Allein — ist da nicht auch platte Unmöglichkeit vorhanden, sein Recht gegen fremde Ansprüche sicher zu stellen, wenn ein

q) Cod. Judic. Bavar. Cap. 16. §. 2. —

r) §. 2. nro. 4. l. c.

ein unrechter Kläger da war, wenn die Parthey gar nicht zum Prozesse legitimirt ist? — Wendet man also die allgemeine Rechtsregel hier an: *ubi eadem est ratio, ibi eadem esse debet legis dispositio*; so kann man nach Baierischem Rechte die Nullität auch auf den Mangel an den Personen der streitenden Theile mit allem Rechte ausdehnen, denn überall ist nur Unmöglichkeit der Vertheidigung der Grund der Ausnahme.

Unter dem Mangel der Jurisdiktion kann, wie *Bandel s)* richtig bemerkt, nicht einfache Incompetenz des Gerichts verstanden werden, sondern Mangel der Richter - Qualität, wenn der Richter entweder gar keine oder nicht die nöthigen richterlichen Eigenschaften besitzt. Der Grund dieser Annahme liegt in dem Gesichtspunkte des Baierischen Rechts; bey bloßer Incompetenz des Richters ist ein gerichtliches Verfahren allerdings denkbar, nicht aber bey dem gänzlichen Mangel aller richterlichen Eigenschaften.

Die Nullitätsquerel beruht daher an sich, als ein außerordentliches Rechtsmittel, darauf, daß man die Unmöglichkeit des Bestehens eines Urtheils zeigt, weil es der wesentlichen Bedingungen zur Fällung desselben beraubt ist. An sich ist hier das Urtheil immer in Rechtskraft übergegangen, denn es konnte ja durch kein ordentliches Rechtsmittel mehr angefochten werden, weil die Appellationsfrist versäumt war. Allein dennoch sagt der *Judici-*

s) in seinem Gutachten über die Vereinigung der preussischen u. baierischen Gerichtsordnungen. S. 60.

diciar - Codex t), es gienge nie in rem judicatam über, im geraden Widerspruche mit dem Cap. 14. §. 11. pr., wo er jenem Urtheile Rechtskraft beylegt, das durch kein ordentliches Rechtsmittel mehr anzugreifen ist. Wahrscheinlich dachte bey der obigen Bestimmung der Codex nur an den Fall, wenn sich die Nullität in jener Zeit offenbart, wo auch der Appellationstermin noch offen steht, und die Sentenz ohnehin für keinen Fall noch in Rechtskraft übergegangen ist.

Eben so sonderbar ist die Bestimmung von nro. 2): „es soll mit der Execution gewartet werden.“ — Wahrhaft ganz unbegreiflich! — Wie kann denn mit der Execution gewartet werden, da sie nach den ersten zwey Monaten der Fällung des Urtheils vorgenommen wurde, und die Nullität sich erst nach etlichen 20 Jahren entdeckte, oder wenigstens angebracht werden kann? — Es kann hier gleichfalls nur von dem Falle gemeynt seyn, da die Nullität entweder vor oder während der Execution entdeckt und angebracht wird.

Uebrigens tritt der Baierische Codex bey der Frage, ob die Nullität Devolutivkraft habe, oder nicht, ganz den Schwankungen der Praxis bey, und erlaubt, sie eben so beym höhern, als beym nämlichen Richter anzubringen. — Wäre er seinen Ansichten konsequent geblieben, so müßte er sie an den höhern Richter verwiesen haben; denn in Rechtskraft war die Sentenz erwachsen, sie konnte also nur durch ein Urtheil einer höhern Instanz aufge-

t) Cap. 16. §. 2, nro. 1.

aufgehoben werden, weil sonst nichts die Rechtskraft zerstören kann. Also muß auch die Klage oder Beschwerde dem kassirenden Richter vorgelegt werden. — Am Ende bestimmt er noch, daß beym Zweifel, ob und in wie weit die Nullität heilbar sey, allezeit der Appellationsweg bey Deser- tionsstrafe soll ergriffen werden.

§. 30.

Preussisches Recht.

Aus ganz andern Gesichtspunkten, als das Baie- rische Recht, betrachtet Preussens Gesetzgeber die Nullitätsquerel *u*). Er scheint das Römische vor dem Deutschen Rechte im Auge gehabt zu ha- ben, und legte der Nullität die Wirkung bey, daß nicht nur das ganze Urtheil, sondern auch das Ver- fahren als nicht existirend angesehen wird *v*). Er läßt sie aus dieser Rücksicht, den Fall der In- kompetenz abgerechnet, vor dem nämlichen Rich- ter anbringen *x*), und bindet ihre Anbringung mit Ausnahme des nämlichen Falls an die Erlöschungs- frist jeder persönlichen Klage *y*).

In geradem Widerspruche mit dem Baierischen Rechte steht die Bestimmung der Preussischen Ge- richts-

u) Allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten, I. Theil, Tit. 16.

v) Tit. 16. §. 8.

x) §. 3. eod.

y) §. 10. eod.

richtsordnung in Betreff der Execution; jene spricht im Allgemeinen den Satz aus, daß mit der Execution soll gewartet werden; diese hält die Wirkungen einer noch nicht gerichtlich als nichtig erklärten Sentenz für so strenge, daß obschon während der Execution die Nichtigkeit vorgeschützt wurde, dennoch mit jener unaufhaltsam fortgeschritten werden solle, und selbst eine Deposition nur da gestattet werden kann, wo die Gesetze die Anlegung eines Arrestes nachgeben. Bloß bey Mangel der Vollmacht des Anwalts wird eine Ausnahme gemacht z). — Beyde Gesetzgebungen halten sich hier an die Extreme, und die eine ist so wenig zu billigen, als die andere. Die Baierische, weil sie eine im Allgemeinen unanwendbare Verordnung aufstellt, die nur für einige Fälle paßt; die Preussische, weil sie bey schon eingeleiteten Verhandlungen zu gänzlicher Aufhebung des Urtheils jenem geradezu entgegenhandelt, was durch diese Verhandlungen bezweckt werden soll. Durch die Nulitätsquerel sollte alles in den vorigen Stand wieder gesetzt, das Verfahren soll als gar nicht existirend angesehen werden a), und dennoch soll die Execution, wie vorher, fortgehen! Also soll der durch die nichtige Sentenz Verletzte vorher in Schaden und ungerecht verursachte Kosten versetzt, es soll ihm das Seinige genommen werden, um es dann wieder zu erhalten, wenn die schon eingeleitete Verhandlung günstig für ihn ausfällt! Wer trägt dann

z) §. 10. cit.

a) §. 8. cit.

dann die Kosten der weitem Execution, wenn eine wirkliche Nullität vorhanden ist? Der exequirte Theil gewiß nicht, denn für ihn fiel ja das Urtheil günstig aus; eben so wenig der Richter, denn er handelte ja nach dem Gesetze; und die andere Parthey auch nicht, denn sobald sie die Nullität erfuhr, würde sie sich sicher nicht in Unkosten haben versetzen wollen, wenn es nicht das Gesetz verordnete. Warum macht man sich hier doppelte Mühe; man halte lieber vorher mit der Execution inne; kann der verlierende Theil die Nichtigkeit nicht beweisen, dann mag immer wieder fortexequirt werden. — Wie stimmt diese Verordnung mit der Analogie der Appellation überein? Sobald innerhalb der Appellationsfatalien das Beschwerdenlibell überreicht ist, hört alle Execution auf, ohne Rücksicht ob der Appellationsprozeß Statt finden kann oder nicht, ob z. B. *summa appellabilis*, *Competenz etc.*, da ist, erst nach Abweisung der höhern Instanz wird dieselbe fortgesetzt. — Findet es hier Statt; warum nicht auch bey der Nullitätsquerel? —

Bey Aufzählung der Fälle, wo die Nullitätsquerel Statt findet, folgte die Preussische Gerichtsordnung größtentheils dem Römischen Rechte. Sie liefs sowohl aus den Materialien *b)* des Urtheils als aus Mängeln der streitenden Theile, des Richters und der Instruktion Nichtigkeiten entspringen, und scheint vorzüglich die Rücksicht der Billigkeit im

b) wie sie sich in §. 11. ausdrückt.

im Auge gehabt zu haben. Von einer Unterscheidung zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten ist nirgends die Rede. Auch sind die Fälle so bestimmt und deutlich aufgezählt und auseinandergesetzt, daß über die Existenz einer Nullität nicht leicht ein Zweifel entstehen kann. Die angeführten Fälle sind folgende c):

1) Ein Urtheil ist nichtig, wenn es *ex falsa causa* gegeben wurde, d. h. wenn es sich lediglich auf ein falsches Dokument, oder die Aussagen bestochener Zeugen gründet, wozu auch jene gehören, welche irgend eine Hoffnung oder Besorgniß zu Ablegung eines falschen Zeugnisses bewog. Bloßer Beweis des Gegentheils desjenigen, was wegen falscher Beweismittel als wahr angenommen wurde, genügt hieher so wenig, als wenn die an sich richtige Urkunde bloß ein anderes Geschäft betraf. Diese Nullität floß wahrscheinlich aus der L. 33. D. de re judic. und dem Tit. Cod. si ex fals. instrum. in die Preussische Gerichtsordnung über.

2) Eben so gieng der zweyte Fall aus etlichen falsch angewendeten Stellen des Römischen Rechts hervor d). Er enthält die Nichtigkeitserklärung eines Urtheils gegen klare Gesetze, wenn

c) Tit. 16. §. 2.

d) L. 2. §. 2. dig. quae sent. sine app. resc. (XLIX, 8.) — L. 19. D. de appell. et relat. (XLIX, 1.) — L. 2. C. quando prov. non est nec. (VII, 64.)

wenn in erster, oder zweyter Instanz dagegen kein ordentliches Rechtsmittel mehr offen steht *e*).

Schon oben *f*) glaube ich evident gezeigt zu haben, wie diese ganze Verordnung bloß aus der Individualität der Römischen Gerichtsverfassung hervorgieng, und auf die Organisation unserer Gerichte keineswegs eine Anwendung leidet. Die Preussische Gerichtsordnung verdient daher bey Aufstellung dieser Bestimmung nur in so weit Entschuldigung, als sie durch die den Urtheilen verordnete Beyfügung *g*) der Entscheidungsgründe es möglich macht, zu erkennen, ob contra jus in thesi vel in hypothesi geurtheilt wurde, und dieß in dieser Rücksicht die Vorsprechung des Rechtssatzes

von

-
- e*) Wenn in erster oder zweyter Instanz gegen ein klares in dem allgemeinen Landrechte oder in den Landesherrlich bestätigten Provincial-Gesetzbüchern enthaltenes Gesetz erkannt worden, und die ordentlichen Rechtsmittel gegen ein solches Erkenntniß nicht mehr Statt finden, so kann dasselbe als nichtig angefochten werden. Es ist aber zur Nichtigkeitserklärung nicht hinreichend, wenn bloß behauptet wird, daß gegen die Analogie der Gesetze gesprochen, oder daß die Entscheidung aus einem auf vorliegenden Fall nicht passenden Gesetze genommen, oder daß das Gesetz nicht richtig erklärt, oder auf den Fall nicht richtig angewendet worden. — Preuss. G. O. Thl. I, tit. 16. §. 2. nro. 2.

f) Siehe oben §. 7. not. *d*) und §. 20.

g) Preuss. G. O. Thl. I. tit. 13. §. 36.

von Seite des Prätors und Subsummierung des *judex pedaneus* einigermassen ersetzt.

3) Nichtig ist ferner ein Urtheil, wenn der Richter entweder gar keine Jurisdiktion hatte, oder wenigstens zum Richteramte nicht vereidet wurde. War er zur Rechtspflege überhaupt qualificirt, und fehlte ihm nur die Jurisdiktion in der speziellen Streitsache, so wird eine Prorogation des Gerichtsstandes angenommen, und es findet keine Nulitätenklage Statt *h*), wenn nicht eine solche Prorogation durch ausdrückliche Landesgesetze verbothen ist, wobey folgender Unterschied beobachtet wird: a) streiten bloßs Privatpersonen, so können sie ein auf diese Art rechtskräftig gewordenes Urtheil nicht mehr anfechten; b) ist der Fiskus unter den streitenden Theilen, so kann er bloßs dann, wenn noch eine Instanz übrig und die Sache noch nicht gehörig instruirt ist, verlangen, daß dieselbe an den competenten Richter in erster Instanz zurückgewiesen werde, wobey er aber sein Gesuch binnen der Restitutionsfrist anbringen muß *i*).

4) Wenn eine minderjährige, oder ihr gesetzlich gleich geachtete, Person den Prozeß ohne Vormund oder Curator verhandelt hat; mit andern Worten: wenn einem der streitenden Theile das *ius standi in judicio* fehlte, und er nach erhaltener Selbstständigkeit seine Handlungen nicht *ratiha-*birte.

5)

h) Ebendieselbe tit. 16. §. 2, nro. 3.

i) Tit. 16. §. 7.

5) Wenn der Prozeß durch einen Bevollmächtigten geführt wurde, der entweder gar keine oder eine falsche Vollmacht hatte, und keine Genehmigung der Parthey nachfolgte. Wurde das darauf gefällte Urtheil der Parthey selbst insinuirt, und zeigt sie binnen 4 Wochen dem Gerichte die Falschheit des Anwalts nicht an, oder gebraucht sie kein ordentliches Rechtsmittel, so wird die Nullität als gehoben angenommen.

Zwar spricht die Preussische Gerichtsordnung nichts davon, wenn die Partheyen selbst nicht zur Sache legitimirt waren, wenn z. B. ein unrechter Kläger da war; allein die Analogie mit dem berührten 5ten Falle, und der ganz gleiche Grund des Gesetzes scheint uns zu berechtigen, auch hier eine Nullität annehmen zu dürfen, und vielleicht übergieng der Gesetzgeber diesen Fall nur deswegen mit Stillschweigen, weil ein solches Urtheil öfters schon aus dem ersten oder letzten Punkte kann bestritten werden.

6) Wenn gegen Jemanden, ohne erlassene Citation, in contumaciam erkannt wurde, und der Contumacialbescheid nicht der Parthey selbst insinuirt wurde, denn sonst muß sie binnen 4 Wochen um Restitution einlangen.

Diese Bestimmung floß theils aus dem gemeinen Rechte *k)* in den Preussischen Codex über, theils

k) L. 1. §. 3. D. quom. sent. sine appell. resc. (XLIX, 8). — L. 53. D. de re judic. (XLII, 1). — L. 4.

theils aus dem j. R. A., welcher ex defectu substantialium processus Nullitäten verordnete, und wahrscheinlich sah Preussens Gesetzgeber diesen einzigen Fall für so wesentlich an, daß er die ganze Umstofsung des Prozesses zur Folge hat.

§. 31.

Oesterreichisches Recht.

Die allgemeine Oesterreichische Gerichtsordnung ^{l)} spricht bey der Behandlung der Nullitätsquerel fast blofs von dem Verfahren bey derselben. Von den Fällen, wann sie Statt findet, von dem Grundsatz ihrer Beurtheilung u. s. w. führt sie nichts an; sie überläßt es den Gesetzkundigen dieß theils aus der Natur der Sache, theils aus speziellen Verordnungen aufzufinden; ihre einzigen Worte sind: „wenn ein Theil zu behaupten „vermeynte, daß der geschöpfte Spruch eine off- „fenbare Nullität enthalte, stehet ihm bevor, eine „Nullitätsbeschwerde anzubringen.“ ^{m)} Zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten wird hier nicht unterschieden, sondern blofs bestimmt, daß eine offenbare Nullität zu Anbringung dieser Querel berechtige; welche Nullität aber offenbar sey,

L. 4. C. quom. et quando iudex (VII, 43). —
Cap. 10. X. de sent. et re judic. (II, 27).

^{l)} Allg. G. O. für Böhmen, Mähren, etc. Cap. 25,
§. 262. et seq.

^{m)} Allg. G. O. §. 262.

sey, ist nirgends gesagt. Da nun dieß Oesterreichische, wie jedes Deutsche, Provincial - Gesetzbuch sich auf die Grundlage des gemeinen und Deutschen Rechtes stützt; so scheint es, daß man auch hier berechtigt sey, aus diesen Legislationen die Lücken desselben auszufüllen. Da aber Oesterreich seine Länder immer als von den Reichsgesetzen ausgenommen betrachtete, so muß nothwendig das Römische vor dem Deutschen Princip vorgeherrscht haben, und mit Recht nimmt daher ein berühmter Commentator *n*) der Oesterreichischen Gerichtsordnung gestützt auf die Ansichten des R. R. folgende Nullitäten an:

1) auf der Seite des Subjektes der Rechtspflege, d. h. auf Seite des Richters und der Partheyen; z. B. wenn Fiskalsachen von nicht dazu legitimirten Vertretern verhandelt, oder von einem hiezu nicht befugten Richter entschieden wurden *o*).

2) In der Verfahrungsart, wenn z. B. über das Ausbleiben von einem auf einen Ferialtag anberaumten Termin ein Contumacialurtheil gefällt wurde; weil es einer Vorrufung, wozu der Richter nicht berechtigt war, an rechtlicher Wirkung fehlt *p*).

3)

n) G u s t e r m a n n, Oesterreichische Privatrechtspraxis, Wien 1805, 3 Bände. I. Band, §. 213.

o) Hof - Dekr. vom 22ten Jun. 1789.

p) Hof - Dekr. vom 16ten Jun. 1788.

3) Endlich im Erkenntnisse selbst; z. B. wenn offenbar wider das Gesetz gesprochen wurde.

Bey einem bloßen Formalitätsgebrechen ist weder Appellation noch Revision erlaubt, sondern der Vorfall muß bey Desertionsstrafe binnen 14 Tagen bey dem obern Richter angebracht werden *q*).

Die Hungarische Gerichtsordnung hingegen gestattet nur dann Kassirung des Urtheils:

1) wenn es wider einen zur Verantwortung nicht Vorgeladenen gefällt wurde, oder

2) wenn es auf etwas gefällt wurde, was weder ein Theil begehrt hat, noch in den Prozeßverhandlungen vorkam *r*).

Dafs aber von den Hungarischen nicht auf die allgemeine Gerichtsordnung geschlossen werden dürfe, ist schon dadurch klar, dafs jene erst den 22ten Nov. 1785, diese aber schon den 1ten May 1782 Gesetzeskraft erhielt; und überdieß führt Neuhold gerade diesen Punkt unter den Abweichungen der beyden Gerichtsordnungen von einander an *s*).

Die Frist für die Nullitätsbeschwerde ist ebenfalls nur der sehr kurze Appellationstermin von

14

q) A. G. O. Cap. 25. §. 267,

r) Ordo judiciar. pro omn. tribun. Regni Hungariae praescrip. §. 286.

s) Neuhold, praktische Einleitung zum Verfahren in Rechtssachen, II. Band, §. 624. vergl. mit §. 599,

14 Tagen *t*), und mit ihrer Anbringung soll zugleich auch die Appellation oder Revision verbunden werden, wenn noch der weitere Appellations- oder Revisionszug offen steht *u*). Brachte die Parthey auch keine Nullitätsbeschwerde an, bemerkte aber der Richter bey Erledigung der Appellation die Nullität, so muß er von Amtswegen das Verfahren wie bey Nullitäten einschlagen *v*).

Die Wirkungen der angebrachten Nullitätsklage sind;

1) der effectus suspensivus, denn der obere Richter muß das Urtheil des untern Richters kas- siren.

2) Aber nicht der effectus devolutivus, weil er sich in die Schöpfung eines Urtheils in der Hauptsache nicht einmengen darf *x*).

Im Ganzen sind die Bestimmungen der Oesterreichischen Gerichtsordnung über die Nullitätsque- rel weit mangelhafter, als jene des Baierischen und Preussischen Rechts; nur in der genauen Be- stimmung der Verfahrensart hat sie vor jenen vie- les voraus, und überläßt nicht so manches der Willkür der Praxis, dieses oftmaligen Deckman- tels der Ungerechtigkeit. Ihre ganze Tendenz scheint

s) A. G. O. §. 263. vergl. §. 251, 253, 260.

u) §. 262. —

v) §. 265. —

x) §. 264. ebendasselbst.

scheint zu seyn, durch die Ansetzung des so kurzen Impugnationstermins der nichtigen Sentenzen, die unnöthigen Verzögerungen der Prozesse abzuschneiden und frühe, vollkommene Rechtskraft eintreten zu lassen. Ob aber dieser kurze Termin nicht Gelegenheit zu Unbilligkeiten darbietet, ist eine andere Frage? — Wie sehr übrigens die Nullitätsquerel in Oesterreichs Gerichten verhaßt sey, erhellt daraus, daß die Gerichtsordnung den Beschwerdeführer auf eine angemessene Art bestrafen läßt, wenn die Nullitätsklage als unstatthaft, und er als muthwillig befunden würde *y*).

§. 32.

Französisches Recht.

Der Code de procedure führt bey Aufzählung der außerordentlichen Rechtsmittel die Nichtigkeitsschwerde nicht namentlich auf, sondern rechnet zu ihnen bloß den Einspruch eines dritten Interessenten (la tierce opposition), die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (la requête civile), und die Syndikatsklage (la prise à partie) *z*). Allein daraus ist keineswegs zu schließen, daß das Französische Recht das außerordentliche Rechtsmittel der Nullität gar nicht kennt.

An

y) Allg. Ger. Ordn. §. 266.

z) Code de procedure civile, Partie I. Livre IV. titres 1, 2, 3.

An sehr vielen Orten spricht der Code de procedure deutlich von processualischen Nichtigkeiten, und im Artikel 1028 läßt er ausdrücklich das Cassationsgesuch im Gegensatze der requête civile und Appellation eintreten.

Aufser einigen Abänderungen liefs er es in Betreff der Nullitäten beym alten Französischen Rechte, das sich grösstentheils auf das Römische Recht stützte *a*). Es fanden sich daher nicht nur Nichtigkeiten in Betreff der Subjekte, sondern auch am Inhalte des Urtheils und an vielen Formalitäten; dazu kamen noch Nullitäten, die theils durch die Vorschriften der Könige, theils durch die Praxis oder Municipalrechte eingeführt wurden. Die Menge dieser Nullitäten bewog den Code de procedure, energisch zu bestimmen, dafs kein Zufertigungsprotokoll und keine Prozeßhandlung bey Strafe von 5 bis 500 Franken für nichtig erklärt werden soll, wenn die Gesetze dabey die Nullität nicht ausdrücklich angedroht haben *b*).

Ganz der Natur der Sache gemäfs giebt es hier Nullitäten, welche theils nur einzelne Punkte des Prozesses, theils das ganze Verfahren betreffen, und

a) Nouveau Ferrière, ou Dictionnaire de droits par J. B. de Laporte; voyez le mot nullité. pag. 410.

b) Aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi. — Art. 1030.

und aus diesen Rücksichten ist auch der Spielraum ihrer Wirksamkeit zu bemessen. Erstrecken sie sich nur auf einzelne Theile des Prozesses, so wird auch nur diesen ihre Wirksamkeit benommen, ist hingegen ihr Daseyn von solcher Bedeutung, daß es auf den ganzen Streit Einfluß hat, so verliert allerdings das ganze Verfahren seine Kraft. Da die Gesetze diese beyden Fälle nicht deutlich geschieden haben, so bleibt es dem Richter überlassen, auszumitteln, welche Nullität auf das ganze Verfahren Einfluß hat, oder nicht. Die Fälle, in welchen wegen unterlassener Förmlichkeiten Nichtigkeit eintritt, führt der Code de procedure gewissenhaft auf; sie aber alle namentlich herzuzählen, würde zu viel Raum einnehmen; sie können im Gesetzbuche nachgelesen werden *c*).

Diese Nullitäten finden alle ipso jure Statt; dieß folgt aus dem Artikel 1029, welcher bestimmt, daß keine der benannten Nullitäten als bloße Verwarnung zu betrachten sey *d*).

Die Dauer der Anbringung der Nullitäten ist bey jenen, welche aus dem Urtheile selbst hervorgehen, die Dauer der Anbringung der Appellation; Nullitäten aber, die aus einer Prozeßhandlung

c) Siehe die Artikel: 65, 66, 70, 147, 251, 260 — 275, 280, 344, 435, 559, 608, 609, 637, 717, 794, 832, 833, 869, 927, 928, 1006, 1028.

d) 'Aucune des nullités, prononcées dans le présent Code, n'est comminatoire.

lung entspringen , können , wenn sie absolute sind , zu jeder Zeit , wenn sie relative sind , binnen 30 Jahren angebracht werden *e*).

Nichtigkeiten einzelner Zustellungen und der Prozessschriften sind dann schon gehoben , wenn sie nicht vor jeder Vertheidigung oder Einrede angebracht werden. Nullitäten wegen Inkompetenz des Richters aber sind billig davon ausgenommen *f*).

Bey vorzunehmendem Arreste müssen die Nullitäten der Verhandlungen als Beschwerde zu einer gewissen Zeit des Prozesses angebracht werden , und zwar vor dem ersten und vorläufigen Zuschlage *g*) , und wenn der Beschwerde schon mit Beschlag belegt wurde , so muß es 20 Tage vor dem Zuschlage geschehen *h*).

e) Nach de Laporte pag. 410 hatte dieß nach altem Rechte Statt , da es nirgends derogirt wurde , so muß es noch fortbestehen.

f) Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte , si elle n'est proposée avant toute défense ou exception , autres que les exceptions d'incompétence. P. I. L. II. T. 9. §. 3. Art. 173.

g) Art. 654, 733.

h) Art. 735.

Verbesserungen.

S.	Z.	statt:	lies:
16	4	Ebeu	Eben
—	19	ohtinere	obtinere
i. d. Note			
26	24	für	für
57	6	quaerela	querela
73	21	ihre	ihr

Geringere Fehler wolle der geneigte Leser selbst verbessern.

Ahorner, Joseph Karl <<von>>,

Bemerkungen über die Nichtigkeitsbeschwerde im Civilprocesse Eine
Inauguralabhandlung

Augsburg 1812

Diss. 833,8

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10842682-0